This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

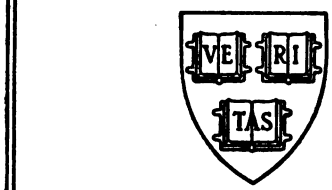
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

150
Out 7.

Archiv

für Theorie und Praxis

des

Allgemeinen Deutschen Handels- u. Wechselrechts.

Unter ständiger Mitwirkung von:

Kreisrichter **Bachmann** in Lübbecke; Appell.-Ger.-Rath **Bauck** in Marienwerder; Bezirks-Ger.-Rath Dr. **E. Bezold** in München; Prof. Dr. **Blodig** in Wien; Professor Dr. **Braun** in Gießen; Admiralitätsrath **Burdach** in Königsberg; Rechts-Anw. Dr. **Calm** in Leipzig; Ober-Appell.-Ger.-Rath, o. Prof. Dr. **Endemann** in Jena; o. Prof. Dr. **Fick** in Zürich; o. Prof. Dr. **Gareis** in Bern; Dr. **Geiger** in Frankfurt a/M.; Dr. **K. W. Harder** in Hamburg; Obertribun.-Rath **W. Hartmann** in Berlin; Kreisgerichtsrath **Hartmann** in Birnbaum; Kreis-Ger.-Rath **Heinsheimer** in Mannheim; Rechts-Anw. Dr. **Herz** in Wiesbaden; Hof- u. Gerichtsadvokat Dr. **Heinr. Jaques** in Wien; Rechts-Anw. Dr. **Kah** in Mannheim; Kammer-Ger.-Rath **Keyßner** in Berlin; Geh.-Finanz-Rath Dr. **A. Koch** in Berlin; Geh. Justiz- und Appell.-Ger.-Rath **von Krawel** in Naumburg; Obertribunalsdirektor Dr. **von Kübel** in Stuttgart; Staats-Anw. **Küffner** in München; Rechts-Anw. Dr. **Ladenburg** in Mannheim; Dr. **Lamprecht** in Lübeck; Justiz-Rath **Lesse** in Berlin; Advokat **Lippold** in Mainz; Obergerichtsanw. Dr. **Friedr. Meier** in Bremen; Kammer-Ger.-Rath **Neumann** in Berlin; Justiz-Rath **Primker** in Berlin; Geh. Justiz- u. Appell.-Ger.-Rath **Rebling** in Eisenach; Appell.-Ger.-Rath **Schütt** in Kiel; Kreisgerichts-Assessor Dr. **Slevogt** in Sondershausen; Kreisgerichtspräsident Dr. **Swoboda** in Eger; Minist.-Rath Dr. **Freiherr v. Völderndorff** in München; Appell.-Ger.-Rath **Voigtel** in Magdeburg; Appell.-Ger.-Rath **Wengler** in Zwickau; Reichsoberhandels-Ger.-Rath **Wiener** in Leipzig; Hof-Ger.-Rath Dr. **Friedr. Zimmermann** in Gießen; u. A.

herausgegeben von

Dr. J. B. Busch,

Appellations-Gerichts-Vice-Präsident a. D.,

und Kreisgerichts-Rath **H. Busch** in Sondershausen.

Einunddreißigster Band.

Neue Folge. Sechster Band.

Nebst ausführlichem Sach- und Quellenregister.

Berlin 1875.

Carl Heymann's Verlag.

Digitized by Google

Rec'd Nov. 28, 1883

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Nachruf. 81

A. Abhandlungen.

Bachmann, Kreisrichter in Lübbecke. Ueber die Zulässigkeit des sogenannten Rückkaufs und der Amortisation eigener Aktien 1

Bezold, Dr. B., Bezirks-Gerichts-Rath in München. Ueber das Agentenwesen. 140

Geiger, Dr. Berthold, Advokat in Frankfurt a/M. Der Rückkauf eigener Aktien, Kapitalsreduktion und Aktienliberirung 32

Harder, Dr. K. W. in Hamburg. Bemerkungen zu Art. 736—741 des Allg.-D.-H.-G.-Bs. 152

Keyßner, Kammergerichtsrath in Berlin. Eintragungen in das Handelsregister auf Grund einer Arrestverfügung; Begrenzung des Ordnungsstrafverfahrens 287

Derselbe. Die General-Versammlung der Aktionäre nach Auflösung der Gesellschaft. Nichterforderniß der Einstimmigkeit der Beschlüsse namentlich zur Ermächtigung der Liquidatoren, unbewegliches Eigenthum freihändig zu verkaufen 311

v. Krawel, Geh. Justiz- und Appell.-Gerichtsrath in Naumburg. Die Zuständigkeit des zukünftigen Reichsgerichts. Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 13, Heft 1—4. Soll die auf Grund eines Rechtsirrthums geleistete Zahlung zurückgefordert werden können? 191

Ladenburg, Dr., Rechtsanwalt in Mannheim. Zu Art. 267a. des H.-G.-Bs. 22

Derselbe. Die Folgen des Verzugs H.-G.-B. Art. 354—357. . . . 335

Meier, Dr. Friedrich, Obergerichtsanwalt in Bremen. Bemerkungen über die von den Maklern aufgestellten Course der Werthpapiere. . . 322

Derselbe. Ueber die Abweichung vom Limitum im Commissionsgeschäft. 352

Derselbe. Ueber die Bedeutung des Indossaments der Auslieferungsscheine über verkaufte Waaren 356

Derselbe. Zu Art. 82 des H.-G.-Bs. 364

Derselbe. Ueber die Vertheilung der Beweislast in Betreff der Probemäßigkeit der gelieferten Waare 366

Derselbe. Ueber das Wesen der Aktiengesellschaft 369

Derselbe. Das Verfahren bei der Entrichtung der bremischen Consumtionsabgaben für die zur Durchfuhr deklarirten Güter 374

Derselbe. Zu Art. 357 des H.-G.-Bs. 376

Derselbe. Zu Art. 356 des H.-G.-Bs. 379

Rebling, Geh. Justiz- und Appel.-Gerichtsrath in Eisenach. Ueber die Vorschrift aus Art. 275 des H.-G.-Bs., wonach Verträge über unbewegliche Sachen von den Handelsgesellschaften ausgeschlossen sein sollen, deren Entstehung, Anwendung und Modifikationen. 227

Digitized by Google

Seite

Slevogt, Dr. C., Kreisgerichtsassessor in Sondershausen. Ueber die rechtliche Natur der deutschen Banknotendeckung 177
Swoboda, Dr. Johann, Kreisgerichts-Präsident in Eger. Beweislast beim Kaufe nach Probe 118
Zimmermann, Dr. Friedrich, Hofgerichtsraht in Gießen. Ueber die Führung mehrerer Firmen 219
Derselbe. Ueber die Vereinigung aller Aktien einer Gesellschaft in Einer Hand 222
Derselbe. Beitrag zur Gesetzgebung über die Aktiengesellschaften . . . 259
Zu Art. 357 des H.-G.-Bs. Anonym 289

B. Rechtsgrundsätze

Preußischer Gerichtshöfe. Von Appell.-Gerichtsrath Voigtel in Magdeburg 292

C. Entscheidungen.

1— 6. Aus den Thüringischen Staaten. Von Geh. Justiz- und Appell.-Gerichtsrath Rebling in Eisenach 26
7—10. Des Handels-Appell.-Gerichts zu Augsburg. Von Staatsanwalt Küffner in München 48
11—12. Des Obergerichts zu Bremen. Von Dr. Lamprecht in Lübeck . 58
13. Des Appell.-Gerichts zu Mannheim. Von Kreisgerichtsrath Heinsheimer in Mannheim 73
14—24. Präjudizien Württembergischer Gerichtshöfe. Von Obertribunal-Direktor Dr. von Kübel in Stuttgart 83
25. Des Appell.-Gerichts zu Wiesbaden. Von Rechtsanwalt Dr. Herz in Wiesbaden 115
26—28. Des Kgl. Admiralitäts-Kollegium zu Königsberg. Von Admiralitätsrath Burdach in Königsberg 242
29. Des Kgl. Kammergerichts zu Berlin. Von ŋ 247
30. Des Kgl. Stadt- und des Kgl. Appell.-Gerichts zu Breslau. Von Geh. Finanzrath Dr. R. Koch in Berlin 249

Berichtigung 80
Alphabetisches Sachregister 381
Quellenregister 387

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

I.

Ueber die Zulässigkeit des sogenannten Rückkaufs und der Amortisation eigner Actien.

Von Herrn Kreisrichter Bachmann in Lübbecke.

Die maßlose Production im Gebiete des Actienwesens, insbesondere die Ueberproduction in Banken hat in letzter Zeit vielseitige Erörterungen, namentlich in der Börsenpresse, darüber hervorgerufen, auf welchem Wege der schädliche Ueberschuß am Besten zu beseitigen sei. Die Vorschläge laufen hinaus auf Liquidation, Fusion und Verkleinerung des Actiencapitals. Die beiden ersten Wege unterliegen keinem Bedenken. Das Allg. D. H.-G.-B. und das ergänzende, resp. abändernde Gesetz vom 11. Juni 1870 betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften enthalten darüber sehr detaillirte Vorschriften. Indeß ist das vorgeschriebene Verfahren etwas weitaussehend und führt überdies in solchen Fällen nicht zum Ziel, in denen es nicht auf eine Auflösung der Actiengesellschaft, sondern unter vorausgesetztem Fortbestande derselben auf eine bloße Verkleinerung des ursprünglichen Grundcapitals, welches sich zum Theil als unproductiv und deshalb überflüssig erwiesen hat, abgesehen ist. Behufs Erreichung dieses (ostensibeln) Zwecks ist der Vorschlag gemacht worden, entweder mehrere nicht vollgezahlte Actien zusammenzulegen, oder, wo dieses wegen bereits erfolgter Vollzahlung nicht angängig, eine bestimmte Anzahl Actien einzuziehen, indem die Gesellschaftsvorstände ermächtigt würden, eine gewisse Anzahl Actien der Gesellschaft zu einem bestimmten Course anzukaufen

Digitized by Google

und zu vernichten. Dieser letztere Vorschlag tauchte als Fühler zuerst in der Berliner Börsenzeitung vom 10. Octbr. 1873 (Nr. 473) auf und fand vielen Beifall. Practische Anwendung machte davon meines Wissens zuerst die Centralbank für Industrie und Handel in Berlin, indem sie zunächst versuchsweise die Herabsetzung ihres Grundcapitals um den Betrag von einer halben Million Thaler beschloß und demnächst, als dieser Beschluß anstandslose Aufnahme in das Handelsregister gefunden hatte, die fernere Herabsetzung des Grundcapitals um noch zwei Millionen Thalern durch Ankauf von Gesellschaftsactien zum Beschluß erhob. Dieses Beispiel fand lebhafte Nachfolge und es haben seitdem viele deutsche Banken ihr Grundcapital auf dem angegebenen Wege reducirt. Das Bedenken, welches aus dem Art. 215 des H.-G.-Bs. dieser Operation entgegengehalten wurde, glaubte man mit dem Einwande beseitigen zu können, daß das Gesetz nur den Handel der Gesellschaft mit ihren eigenen Actien habe verbieten wollen. Diese Beschränkung steht allerdings nicht im Gesetze, sie paßte aber der Börse, welche nach Entlastung seufzte und in ihren Mitteln niemals sehr wählerisch ist. Indeß hält meines Erachtens jene Einrede vor der Kritik nicht Stich und ich halte die beregte Operation für geradezu gesetzwidrig. Ob sie de lege ferenda sich empfehlen würde, diese Frage lasse ich auf sich beruhen, ich habe es nur mit dem bestehenden Gesetze zu thun und diesem widerspricht jenes Verfahren. —

Das Allg. D. Handelsgesetzbuch verordnet:

Art. 207a. „Der Nominalbetrag der Actien oder Actienantheile darf während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen." —

Art. 248. „Eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals an die Actionäre oder eine Herabsetzung desselben kann nur auf Beschluß der Generalversammlung erfolgen. Die Zurückzahlung oder Herabsetzung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind. (Art. 243 u. 245.) Die Mitglieder des

Digitized by Google

Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegenhandeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verhaftet."

Art. 215, Absatz 3. „Die Actiengesellschaft darf eigene Actien nicht erwerben. Sie darf eigene Actien auch nicht amortisiren, sofern dieses nicht durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen den letztern abändernden vor Ausgabe der Actien gefaßten Beschluß zugelassen ist."

Art. 225b. „Die Mitglieder des Aufsichtsrathes sind persönlich und solidarisch zum Schadenersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten:

1) Einlagen an die Actionäre zurückgezahlt oder der Bestimmung des Artikels 215, Abs. 3 entgegen, eigene Actien der Gesellschaft erworben oder amortisirt worden sind;
2) Die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung oder eine Herabsetzung des Grundcapitals ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 245 u. 248) erfolgt ist."

In seiner ursprünglichen Fassung enthält Art. 248 die gesperrt gedruckten Worte nicht und im Art. 215 fehlte Absatz 3 gänzlich. Diese Zusätze sind ebenso wie die durchweg neuen Artikel 207a. und 225b. erst durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 in das Handelsgesetzbuch hineingebracht.

Unverkennbar ist die Erweiterung des Art. 248 aus dem Bestreben hervorgegangen, die Erreichung des durch denselben in seiner ursprünglichen Gestalt nur unvollkommen gesicherten Zieles gegen Anfechtungen und Umgehungen in einem erhöhterem Grade sicher zu stellen. Die Bestimmungen des Artikels verfolgen insgesammt den Zweck, die Gläubiger der Gesellschaft gegen willkürliche Benachtheiligungen von Seiten der Gesellschaft zu schützen.

Da die Actiengesellschaft nach Art. 207 des H.-G.-Bs eine Gesellschaft ist, deren Gesellschafter sich nur mit Einlagen bethätigen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften, da sie somit des persönlichen Elements entbehrt, wodurch die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gesichert sein konnte, der Credit, welcher die Grundlage ihres Verkehrs bildet, ganz allein, wenn ich so sagen darf, ein Realcredit, die Existenz der Gesellschaft sub- und objectiv durch das Grundcapital bedingt ist, durch dieses ihre

Digitized by Google

künstliche Einheit getragen und zusammengehalten wird, mithin das Schwinden des Capitals nur noch einen wesenlosen ungreifbaren Schatten, einen Namen ohne Inhalt zurückläßt, so ergiebt sich ganz von selbst, daß jede Schmälerung jenes Capitals die Gläubiger der Gesellschaft in einem bei weitem höheren Grade gefährden muß, als da, wo neben der materiellen Grundlage noch eine persönliche Haftbarkeit besteht, und daß deshalb die Gesetzgebung in jenem Falle die dringendste Veranlassung hat, der größeren Gefahr auch durch umfassendere und verstärktere Schutzmaßregeln zu begegnen.

Eine Capitalsverringerung kann herbeigeführt werden durch zufällige Ereignisse — als Folge des geschäftlichen Verkehrs — und durch die Willkür der Gesellschaft. Der erste Fall kommt hier nicht in Frage. Das Bedürfniß besonderer Schutzmaßregeln der Gläubiger fehlt hier. Wer mit einer Actiengesellschaft in Geschäfte sich einläßt, muß zufällige Verringerungen ihres Vermögens als solche hinnehmen und darauf von vornherein gefaßt sein. — Anders im zweiten Falle. Es erscheint durchaus nicht als selbstverständlich und kann von keinem Gläubiger erwartet werden, daß eine mit einem bestimmten Grundcapital in's Leben gerufene Gesellschaft demnächst dieses Capital, die Grundbedingung und materielle Basis ihrer Existenz und ihres Verkehrs willkürlich schmälere und damit den Gläubigern den Gegenstand ihrer Befriedigung zum Theil entziehe. Daraus würde folgen, daß die willkürliche Verkleinerung des Actiencapitals, insofern sie zu einer Schmälerung der Gesellschaftsgläubiger führen könnte, für unstatthaft erachtet werden müßte. Denn an sich betrachtet, begrifflich, kann der Gesellschaft das Recht, ihr Grundcapital zu verkleinern, nicht bestritten werden. Nur die Rücksicht auf die Rechte dritter Personen gebietet eine Beschränkung dieser Freiheit.

Diese verschiedenen Rücksichtnahmen sind es ausweise der Verhandlungen der Nürnberger Commission gewesen, welche zu den Vorschriften des Art. 248 geführt haben. Sie sollen die Ansprüche und Interessen der Actionäre und diejenigen der Gläubiger nach Möglichkeit wahren und in Einklang bringen. Es soll zwar eine Verringerung des Actiencapitals zulässig sein und durch den Beschluß der Generalversammlung herbeigeführt werden können,

Digitized by Google

jedoch nur unter solchen Bedingungen, welche eine Beeinträchtigung der Gesellschaftsgläubiger durch jene Verringerung ausschließen. So wenig eine Vertheilung des gesammten Gesellschaftsvermögens, ebensowenig soll eine Verkleinerung des Grundcapitals ohne die schützenden Modalitäten, Formen und Fristen der Artikel 243 u. 245 zulässig sein. Wortlaut und Zweck jener Vorschriften scheinen darauf hinzuweisen, daß dadurch jede willkürliche Verringerung, sei es durch Zurückzahlung, sei es durch Herabsetzung des Grundcapitals, habe betroffen werden sollen. Auf welche Weise die Herabsetzung erfolgt, ob durch Zusammenlegung mehrerer noch nicht volleingezahlter Actien oder durch Einziehung einer Anzahl vollgezahlter Actien, das scheint im Sinne des Art. 248 keinen Unterschied zu machen, und eben weil diese Vorschrift die Zurückzahlung oder Herabsetzung ganz allgemein — wenn auch nur unter bestimmten Bedingungen — gestattet, so liegt die Folgerung nahe, daß damit ein jeder Weg der Zurückzahlung und Herabsetzung habe zugelassen werden sollen. Diese Argumentation beruht also auf der Voraussetzung, daß Art. 248 für sich bestehende, durchaus selbständige Vorschriften enthalte, welche den Umfang ihrer Wirksamkeit allein bestimmten. Ich halte diese Auffassung für irrig; meines Erachtens steht Art. 248 nicht isolirt, findet vielmehr seine Beschränkung und Ergänzung im Art. 215, Abs. 3.

Auf den ersten Anblick könnte man allerdings geneigt sein, jeden Zusammenhang in Abrede zu stellen. Schon die äußere Stellung beider Bestimmungen scheint für die Verneinung zu sprechen. Während Art. 248 im vierten Abschnitte des dritten Titels (von der Actiengesellschaft), welcher die „Auflösung der Gesellschaft" zum Gegenstande hat, Platz gefunden hat, steht Art. 215 im ersten Abschnitte, welcher von den „allgemeinen Grundsätzen" handelt. Allein dieses Argument erweist sich bei näherer Betrachtung als hinfällig, da, wie die Verhandlungen der Nürnberger Commission ergeben, der Art. 248, welcher an die Stelle des Art. 179 des Preußischen Entwurfs getreten ist, nur aus äußerlichen Gründen (wegen der gleichmäßig für die Auflösung und die theilweise Zurückzahlung vorgeschriebenen Fristen und Formen Art. 243 und 245) aus dem ersten Abschnitte des Entwurfs in den vierten Abschnitt des Gesetzes hinübergetragen ist.

Digitized by Google

Erheblicher dagegen könnte die zweite Verschiedenheit erscheinen, wonach Art. 215 die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Actien und deren Amortisation unbedingt untersagt, während Art. 248 eine Beschlußfassung der Generalversammlung über die Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundcapitals gestattet. — Geht man ferner auf den sonstigen Inhalt des Art. 215 in den Absätzen 1 und 2 ein, so führt derselbe anscheinend auf eine vom Art. 248 durchaus abweichende Tendenz. Während jener den Schutz der Actionäre zu verfolgen scheint, bezweckt dieser die Sicherung der Gläubiger, und es liegt deshalb die Schlußfolgerung nicht fern, daß auch al. 3 des Artikels 215 eine gleiche Richtung habe, daß — Alles zusammengenommen — Bedeutung und Tendenz beider Vorschriften nicht zusammenfalle, vielmehr jede Bestimmung für sich ein selbstständiges Gebiet der Wirksamkeit habe. Und diese Auffassung findet eine Bekräftigung in dem Umstande, daß der Erwerb eigener Actien von Seiten einer Gesellschaft zum Zweck der Herabsetzung des Grundcapitals jedenfalls nicht der nächstliegende Zweck zu sein scheint. Es können immer nur ungewöhnliche Verhältnisse zu einer solchen Herabsetzung des Capitals drängen, wirthschaftliche Zustände, die sich nur selten einstellen und daher vom Gesetzgeber in erster Linie nicht berücksichtigt zu werden brauchen. Dagegen ist der Erwerb eigener Actien, um Handel damit zu treiben, eine so nahe liegende Erscheinung und die Gefahr, welche dadurch der Existenz der Gesellschaft und den Interessen der Actionäre erwächst, die Möglichkeit, welche dadurch dem Vorstande und Aufsichtsrathe eröffnet, wird mit den Actien der Gesellschaft ein rücksichtsloses, nur ihr eigennütziges Interesse verfolgendes Spiel zu treiben, liegt so offen auf flacher Hand, daß die Ansicht, das Bedürfniß und Bestreben, derartigen Manipulationen einen Riegel vorzuschieben, habe den Abs. 3 des Art. 215 hervorgerufen, einer gewissen inneren Berechtigung nicht entbehrt. — Hiernach würde Art. 215 — ein neben dem Art. 248 hergehendes Verbot enthaltend — den Erwerb eigener Actien aus diesem Grunde und zu diesem Zweck — womit die Erhaltung des ursprünglichen Grundcapitals an sich vereinbar ist — verbieten, während Art. 248 grade umgekehrt eine Verminderung des Grundcapitals voraussetzen und zu diesem

Digitized by Google

Zweck den Ankauf, allerdings unter den Bedingungen der Art. 243 und 245, gestatten würde. — Diese Ausführung hat zweifellos sehr viel Bestechliches, zumal wenn berücksichtigt wird, daß der Zweck der Herabsetzung des Grundcapitals, wenn nur die Rechte dritter Personen dadurch nicht gefährdet, diese gesichert werden, an sich durchaus untadelig ist und vielmehr Beförderung als Erschwerung verdient. — Gleichwohl muß ich dabei stehen bleiben: das geltende Gesetz verbietet den Ankauf eigener Actien auch zu diesem Zweck, es verbietet ihn unbedingt und schlechtweg. —

Von vornherein halte ich es für äußerst bedenklich, ein strictes Verbotsgesetz mit Rücksicht auf seine angebliche ratio einschränkend auszulegen und es lediglich auf den vorausgesetzten Zweck zu beschränken. Denn der Gesetzgeber hat diese Einschränkung in das Gesetz selbst nicht aufgenommen, dieses besteht unabhängig von jenem Grunde und eben deswegen ist umgekehrt der Schluß geboten, daß der Gesetzgeber absichtlich keine Unterscheidung zugelassen, vielmehr mit vollem Bewußtsein das Verbot schlechthin und als ein bedingungsloses aufgestellt habe. Die Auslegung ex ratione legis bleibt immer ein sehr unsicheres Hilfsmittel gegenüber einem in sich klaren und präcisen Gesetzesgedanken und ist insbesondere dann im höchsten Grade bedenklich, wenn mehrere Gesetzesgründe neben einander bestehen und auf den Gesetzgeber gewirkt haben können. Wer aber bürgt dafür, daß nicht verschiedenartige in mehrere Richtungen gehende Erwägungen zu dem Art. 215 in seiner absoluten Fassung geführt haben, daß der Gesetzgeber nur eine Beziehung verfolgt und gewollt habe? Muß nicht vielmehr angenommen werden, daß er, gerade um mit zweifelloser Sicherheit nach allen Seiten hin zu treffen, das Verbot in der vorliegenden unbedingten, jede Unterscheidung ausschließenden, Fassung gegeben habe? Das wäre eben nichts Neues. „Das Sc. Macedonianum", sagt von Savigny (System I., S. 219) hatte zum Zweck, wucherliche, die Familienverhältnisse gefährdende Geschäfte mit Kindern in väterlicher Gewalt zu verhindern. Das Verbot wurde aber viel weiter gefaßt, so daß auch ganz unschuldige Fälle darunter fielen, weil es außerdem unmöglich war, die wirklich gemeinten Fälle sicher zu treffen . ." — Jedenfalls darf, wenn man dem Gesetze aus seiner ratio heraus einen beschränk-

Digitized by Google

teren Wirkungskreis anweisen will, über die Ausschließlichkeit der angeblichen ratio durchaus kein Zweifel obwalten. Es muß nachweisbar sein, daß lediglich diese und keine andere Rücksicht den Gesetzgeber geleitet habe. Aber auch alsdann liegt noch immer die Gefahr sehr nahe, vor der von Savigny (a. a. O. S. 235. 321) mit Recht warnt: — Die Gefahr, daß man nicht den Ausdruck berichtigt durch Zurückführung auf den wirklichen Gedanken, sondern den wirklichen Gedanken selbst zu berichtigen versucht durch Substituirung desjenigen Gedankens, den das Gesetz hätte enthalten sollen, daß man nicht den bloßen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern unternimmt, daß man den Gesetzgeber selbst berichtigt und die Grenzen der Auslegung überschreitend sich über den Gesetzgeber stellt. Auf dieser schlüpfrigen Bahn bewegen sich meines Erachtens die Versuche, welche in jüngster Zeit gemacht sind, den Art. 215 in dem Umfange seiner Wirksamkeit zu beschränken. Die Vorarbeiten zum Gesetze vom 11. Juni 1870 widerlegen diese Bestrebungen und ergeben evident. daß jene Vorschrift (Art. 215 Satz 3) nach der Absicht des Gesetzgebers keineswegs die angebliche beschränkte Bedeutung und Beziehung hat haben sollen, daß das Verbot des Ankaufs eigener Actien vielmehr im umfassendsten Sinne gemeint ist. —

Der dem Reichstage vorgelegte Gesetzentwurf enthielt die Art. 207a, 215 und 248 schon in der jetzigen Fassung des Gesetzes. Die Motive zum Entwurf verbreiten sich zunächst über die (mit Rücksicht auf den in Vorschlag gebrachten Wegfall der bisher im Art. 208 zur Errichtung von Actiengesellschaften erforderten Staatsgenehmigung eingetretene) Nothwendigkeit, „besondere Vorsorge wegen Gestaltung und Erhaltung des Grundcapitals zu treffen." — Nachdem sie von diesem Gesichtspunkte aus die Veränderungen resp. zusätzlichen Bestimmungen in den Art. 217. 239a und 249 eingehend erläutert, fahren sie wörtlich also fort:

„Im Zusammenhange mit dem Erörterten stehen endlich noch folgende Punkte:

Art. 207 a. Nicht selten haben Actiengesellschaften beschlossen, die von ihnen ausgegebenen Actien in ihren Nominalwerthen zu reduciren, beziehungsweise zu erhöhen. Sollte dieses künf-

Digitized by Google

tig ohne obrigkeitliche Prüfung und Genehmigung zulässig sein, so können daraus erhebliche Mißbräuche und Benachtheiligungen erwachsen, die vorstehend bezeichneten Sicherheitsmaßregeln zur Erhaltung des Gundcapitals aber völlig illusorisch gemacht werden. — Die Reduction des Nominalwerthes erfolgt gemeinhin, wenn schon Verluste eingetreten sind, dem Nominalwerthe daher keine entsprechenden reellen Werthe mehr gegenüber stehen. Wird dann noch der Nominalwerth der Actien verringert und demzufolge das Grundcapital in verhältnißmäßig geringerem Betrage in der Bilanz aufgeführt, so tritt dadurch eine Verminderung der in dem letzteren verzeichneten Passiva ein und hierdurch wiederum wird leichter ein Ueberschuß der Activa über die Passiva d. h. eine Dividendenzahzahlung ermöglicht, während in Wirklichkeit eine Unterbilanz bestand. Das Resultat ist dann nichts anders als eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals. —

Derartige Manipulationen haben um so weniger einen Anspruch auf allgemeine Zulassung — um solche handelt es sich im Gesetze — als sie streng genommen mit der rechtlichen Bedeutung einer Actie von vornherein in Widerspruch stehen. Die Actien repräsentiren der Gesellschaft gegenüber nur Quoten, zu welchen der Inhaber an den Gesellschaftsvermögen betheiligt ist, nicht aber sind dieselben Forderungstitel für bestimmte Geldsummen oder deren Aequivalent.

Art. 248 Unter das Verbot ist der Fall nicht zu begreifen, wenn die Herabsetzung des Nominalwerthes unter denselben, die Interesse der Gläubiger sichernden Formen erfolgt, welche der Art. 248 des H.-G.-Bs. bei der theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitals vorschreibt. —

Art. 215. In gleicher Weise ist dem hin und wieder hervorgetretenen Versuche der Actiengesellschaften, eigene Actien, sei es aus dem Kapitalvermögen, sei es aus dem Reservefonds oder aus den Reinerträgen anzukaufen, entgegenzuwirken. Ein derartiger Ankauf steht mit dem Wesen der Actiengesellschaft nicht im Einklange, die Actien stellen die Berechtigung des einzelnen Theilhabers an der Gesellschaft dar und die Gesellschaft kann nicht zugleich als eine von den Actionären zu unterscheidende

Digitized by Google

Persönlichkeit und dann wiederum selbst als Actionär erscheinen. Auch praktisch kann die Wahrnehmung der Rechte zurückgekaufter Actien durch den Gesellschaftsvorstand leicht zu Unzuträglichkeiten führen. Der Reservefonds kann nicht durch eigene Actien gebildet werden. Der Ankauf von nur theilweise eingezahlten Actien fällt hinsichtlich des Erlasses des noch schuldigen Betrages unter den Begriff einer Rückzahlung an die Actionäre. Dasselbe ist der Fall, wenn der Ankauf aus dem nicht zu den Reinerträgen gehörigen Vermögen der Gesellschaft erfolgt. —

Auch eine Amortisation der Actien muß — wiederum aus denselben Gesichtspunkten — für unstatthaft erklärt werden, es sei denn, daß die Amortisation schon durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen, den letzteren abändernden, vor Ausgabe der betreffenden Actien gefaßten Beschluß zugelassen ist. Nach diesen Grundsätzen ist schon in der Praxis verfahren. Eine Operation der zuletzt bezeichneten Art läßt sich als ein im Voraus angekündigte allmälige Auflösung der Gesellschaft charakterisiren. Eine Amortisation, welche abweichend hiervon nach Ausgabe der Actien beschlossen wird, ist nichts anders, als der einfache Ankauf eigener Actien und eine hiermit verbundene Zurückzahlung des Actiencapitals." —

Soweit die Motive. — Sie bestätigen die Richtigkeit meiner obigen Ausführung. Die Bestimmungen der Art. 207 a (Abs. 3 und 4), 215 (Satz 3 und 4) und 248 haben danach, wenn auch äußerlich getrennt, einen gemeinsammen Berührungspunkt, nämlich die Tendenz, die Erhaltung des Grundcapitals zu sichern. Damit aber erschöpft sich die Bedeutung des Art. 215 keineswegs. Was speciell das Verbot des Erwerbes eigener Actien anbelangt, so beruht es nicht auf einem einfachen Grunde, sondern auf einer Mehrheit von Gründen, die es durchaus unzulässig erscheinen lassen, den Umfang des Verbots entgegen der unbedingten Fassung desselben im Sinne der Gegner einzuschränken. Zunächst ist es ein allgemeiner Grund, die logisch juridische Natur der Actie, durch welche das Verbot in umfassendstem Sinne gerechtfertigt wird. Dazu treten mehrfache practische Erwägungen, welche das Interdikt nach verschiedenen Richtungen hin als

Digitized by Google

nothwendig begründen sollen. Hervorgehoben wird die Unzuträglichkeit einer Vertretung der zurückgekauften Actien durch den Gesellschaftsvorstand, ferner die Unstatthaftigkeit einer Bildung des Reservefonds durch eigene Actien, endlich der durch den Ankauf zu ermöglichende, aber zu vermeidende Erfolg einer theilweisen Rückzahlung des Actiencapitals. — Ob diese Gründe des Verbots insgesammt stichhaltig, darauf kommt de lege lata durchaus nichts an. Die Wirksamkeit des Gesetzes verliert nichts durch die Irrigkeit seiner Motive. Jedenfalls geht aus der Vielseitigkeit der Begründung des Verbots hervor, daß Art. 215 Satz 3 keineswegs eine einseitige Tendenz hat, daß Motive und Gesetzesentwurf, getragen von dem Bewußtsein der mannichfachsten Unzuträglichkeiten, welche der untersagte Erwerb mit sich führen könne, ebendeßhalb diesen Erwerb für überhaupt unzulässig habe erklären wollen und daß aus dieser Erkenntniß und diesem Bestreben die absolute, jede Unterscheidung ausschließende Fassung des Verbots hervorgegangen ist. —

Daß bei der fraglichen Vorschrift ausschließlich oder auch nur vorzugsweise die Absicht vorgewaltet habe, dem Handel, der Agiotage mit den eigenen Actien durch die Eingeweiheten d. h. den Vorstand und den Aufsichtsrath vorzubeugen, dieses beliebte Argument zur Einschränkung des Artikels, findet in den Motiven gar keine Unterstützung. Jene Absicht ist darin nicht ausgesprochen, man kann sie nur mit einem gewissen Zwange angedeutet finden in dem Hinweis auf die Unzuträglichkeit einer Vertretung der angekauften Actien durch den Gesellschaftsvorstand. Jedenfalls aber würde dieser Grund den Motiven nicht in erster Linie stehen, sondern mit den übrigen hervorgehobenen practischen Uebelständen im Hintergrunde. Als den wichtigsten Grund stellen sie den aus dem Begriffe der Actiengesellschaft und der Actien abgeleiteten logischen Widerspruch voran, welcher in dem Erwerbe eigener Actien durch die Gesellschaft liegen würde. Es liegt auf der Hand, daß dieser allgemeine Grund schon allein genügen würde das Verbot in seinem wörtlichen, jede Unterscheidung ausschließenden Umfange zu rechtfertigen und aufrecht zu halten, sollten auch alle practischen Unterstützungsmomente ringsumher zusammenstürzen. Denn der begriffliche Widerspruch würde bestehen bleiben, auch wenn der Erwerb eigener Actien in der Absicht geschehen möchte, dadurch

Digitized by Google

eine Capitalsherabsetzung herbeizuführen. Ueberdies aber dürfte doch auch unschwer zu erkennen sein, daß jene praktische Unzuträglichkeit, gegen welche das Verbot gleichfalls, ja sogar vorzugsweise gerichtet sein soll, nämlich der Handel mit den eigenen Actien durch die Zulassung des Erwerbes von Seiten der Gesellschaft nicht inhibirt, sondern geradezu provocirt wird, weil hier Gesellschaft nichts anders heißt als: Vorstand und Aufsichtsrath! Beides ist wenigstens völlig vereinbar, auch wenn der Ankauf behufs Capitalsreduction erfolgen möchte. Könnten aber die practischen Unzuträglichkeiten auch durch irgend welche Maßregeln absolut ausgeschlossen werden — denn solange noch die geringste Möglichkeit des Gegentheils bliebe, müßte das Verbot in voller Kraft bestehen — so würde daraus doch keineswegs folgen, daß das Verbot auch nur ein Titelchen an seiner Wirksamkeit verloren hätte. Denn das Gesetz sagt nicht, daß es nur dann gelten wolle, wenn die practischen Uebelstände, welche als mitwirkende Momente zu dem Vorschlage des Verbots ausweise der Motive beigetragen haben, nicht zu beseitigen seien. Es stellt sich vielmehr als unbedingt hin und diese Unbedingtheit findet nach den Motiven ihre Begründung in der Vielseitigkeit der Gesetzesgründe und der zu erstrebenden Zwecke, welche, um sie alle mit Sicherheit zu erreichen, dazu nöthigten, ein unterschiedsloses Verbot aufzustellen. Es scheint mir unverkennbar, daß, wenn der Gesetzgeber hätte Unterscheidungen zulassen wollen im Sinne der Gegner, eine Casuistik gar nicht zu vermeiden gewesen wäre, zumal ja in den Motiven die nach verschiedenen Richtungen zielenden Erwägungen ausdrücklich hervorgehoben waren. —

Nun ist zwar geltend gemacht, daß ja das scheinbar absolute Verbot des Erwerbes eigener Actien in der That durch das Gesetz selbst, nämlich durch den Art. 248 eingeschränkt werde. Dieser bereits oben berührte Einwand will sagen, daß, weil die angezogene Vorschrift ganz allgemein eine Reduction des Grundcapitals für zulässig erkläre, ohne den Weg mittelst des Ankaufes ausdrücklich auszuschließen, eben damit dieser Modus vom Gesetze zugelassen sei d. h. insoweit das Verbot des Art. 215 eine Einschränkung erleide. Ich halte indeß diese Art der Beweisführung schon an sich für durchaus verwerflich. Denn wenn Art. 215 den

Digitized by Google

Erwerb unbedingt verbietet und Art. 248 den Ankauf nicht ausdrücklich behufs Capitalsreduction gestattet, so kann der einzig zulässige Schluß nur der sein, daß Art. 215 den Art. 248 einschränke, nicht aber umgekehrt. Denn dem logischen Verhältnisse des Verbotsgesetzes zur dispositiven Bestimmung widerspricht es, daß jenes durch dieses eine Einschränkung erleide. Ich muß zwar zugeben, daß der Gesetzgeber an einer andern Stelle dieser fehlerhaften Behandlung sich selbst schuldig gemacht hat, indem er im Art. 207 a eine Herabsetzung des Nominalwerthes der Actien verbietet, während die Motive nachweisen, daß eine Herabsetzung unter Beobachtung des Art. 243 und 245 nicht hat ausgeschlossen werden sollen. Allein ein Fehler berechtigt nicht ohne Weiteres zu Annahme eines zweiten Fehlers und überdies liegt die Sache bei dem Art. 215 doch ganz anders. Denn der sonstige Inhalt derselben in Verbindung mit den Motiven spricht sehr nachdrücklich dafür, daß in der That der Ankauf eigener Actien auch zum Zweck der Capitalsreduction — außer unter den in dem beregten Artikel selbst aufgestellten Bedingungen — durch diesen hat untersagt werden sollen. —

Die Motive gehen nämlich von der Erwägung aus, daß der Erwerb eigener Actien geschehen könne a) aus dem Capitalvermögen oder b) aus dem Reservefonds oder c) aus dem Reinertrage. Erfolgt der Ankauf nicht aus dem Reinertrage, so finden sie darin eine Capitalsreduction. Daß nun aber nur für den Fall, daß darin eine Herabsetzung des Grundcapitals nicht liege, der Ankauf verboten, entgegengesetzten Falles aber statthaft sein solle, das sagen die Motive sowenig wie das Gesetz. Vielmehr läuft die Argumentation der erstern darauf hinaus: Da die verschiedenartigsten Gründe den Erwerb eigener Actien als unzulässig erscheinen lassen, insbesondere auch auf diesem Wege eine Reduction des Capitals herbeigeführt werden könnte, ohne daß sich in jedem Falle übersehen ließe, ob sie mit Rücksicht auf die Mittel, welche dazu dienen und die Zwecke, welche dadurch erreicht werden sollen, zu billigen oder zu mißbilligen wäre, so erscheint es am angemessensten, den Ankauf schlechtweg und überhaupt zu verbieten. Nur behufs Vermittelung der Amortisation, jedoch nur unter bestimmt vorgeschriebenen Voraussetzungen soll

Digitized by Google

der Erwerb statthaft sein. Diese einzige Einschränkung enthält der Schlußsatz des Art. 215, der meines Erachtens auch den letzten Zweifel beseitigt.

Die Motive unterscheiden nämlich in Uebereinstimmung mit dem Gesetze:

a) eine Amortisation, welche von vornherein durch das Gesellschaftsstatut oder durch einen vor Ausgabe der Actien gefaßten Beschluß zugelassen ist,

b) eine Amortisation, welche nach Ausgabe der Actien beschlossen wird.

Jene erstere soll zulässig, diese unstatthaft sein. Da ihnen zufolge aber die letztere „nichts anders als der einfache Ankauf eigener Actien und eine hiermit verbundene Zurückzahlung des Actiencapitals" ist, so folgt daraus unmittelbar, daß auch ein solcher Ankauf zu diesem Zwecke verboten ist. Damit ist dann auch klar gelegt, warum sich das bedingte Verbot der Amortisation an das Verbot des Erwerbes eigener Actien anschließt: weil die Amortisation vermittelst des Erwerbes der Actien durchgeführt werden muß. Zu diesem Zweck allein soll der Erwerb ausnahmsweise zulässig sein, jedoch nur unter der Bedingung, daß das Statut von vornherein oder ein vor Ausgabe der Actien gefaßter Beschluß die Amortisation zulasse. Sonst würde nur ein einfacher Ankauf eigener Actien vorliegen, der indeß nach dem vorhergehenden Verbot unstatthaft ist. — Nach der hier reprobirten Auslegung dagegen würde der Gesetzgeber sagen: Die Amortisation ist unstatthaft und untersagt, außer

1) wenn das ursprüngliche oder veränderte Statut sie zulassen oder

2) falls das Statut sie nicht gestattet, auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zum Zweck der Capitalsherabsetzung.

Dann dürfte aber doch die Frage erlaubt sein: Wozu der Lärm? Könnte die Amortisation täglich durch einen Beschluß der Generalversammlung herbeigeführt werden, weshalb dann die Vorschrift, daß sie schon im Statut nachgelassen oder der sie zulassende das Statut abändernde Beschluß wenigstens vor der Ausgabe der Actien gefaßt sein müsse? Welch' liederliche Redac-

Digitized by Google

tion macht man mit dieser Auslegung dem Gesetzgeber zum Vorwurf! Vorn im Art. 215 läßt man ihn sagen: durch einen Beschluß nach Ausgabe der Actien kann eine Amortisation nicht zugelassen und herbeigeführt werden, und hinten im Art. 248 läßt man ihn erklären: So ist die Sache doch nicht gemeint, auch ein Beschluß nach jener Ausgabe ist jeder Zeit zulässig und zwar — behufs Herabsetzung des Grundcapitals! Als ob die Amortisation im ersten Falle nicht auch zur Reduction führte und diese bezweckte und als ob dieses dem Gesetzgeber unbekannt gewesen wäre, dem Gesetzgeber, der die von ihm zugelassene Art der Amortisation als eine allmälige Liquidation der Gesellschaft charakterisirt, der im Art. 225b die Mitglieder des Aufsichtsrathes für verantlich erklärt, nicht nur, wenn sie eine Herabsetzung des Grundcapitals ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 243 und 245) sondern auch, wenn sie der Bestimmung des Art. 215 Abs. 3 entgegen d. h. mit Verletzung dieses Artikels, wenn auch unter Beobachtung der Art. 243 und 245, den Erwerb eigener Actien von Seiten der Gesellschaft oder deren Amortisation zulassen!! Wie sollen denn nach der Ansicht der Gegner die Mitglieder des Aufsichtsrathes jemals der angedrohten Verhaftung entgehen können, wenn sie eine Capitalherabsetzung, zwar unter Einhaltung der in den Art. 243 und 245 vorgeschriebenen Maßregeln — aber entgegen der Vorschrift des Art. 215 durch den Ankauf eigener Actien und durch deren Amortisation geschehen lassen? Sie müssen ja, wenn sie auch der Scylla des Art. 225b sub. 3 entgehen, doch immer in die Charybdis desselben Artikels sub 1 fallen! Hieraus ergiebt sich schlagend, daß der Abs. 3 des Art. 215 unbedingte Verbote enthält, deren Wirksamkeit und Umfang lediglich durch die Grenzen bestimmt wird, welche der fragliche Artikel selbst dafür zieht. Sein Inhalt und nichts anders ist dafür entscheidend. Zugleich ist damit nachgewiesen, daß das Verhältniß der Art. 207a und 215 Abs. 3 zum Art. 248 ein durchaus verschiedenes ist. Art. 207a soll nach der in den Motiven ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers allerdings eine Einschränkung durch Art. 248 erleiden, dagegen trägt Art. 215 Abs. 3 nach dem im Gesetze selbst zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers die Bedingungen seiner Wirksamkeit ledig-

Digitized by Google

lich in sich. Er beschränkt und begrenzt sich selbst, indem er in seinen Inhalt die Bedingungen seiner Geltung aufnimmt, und schließt eben damit noch andere Beschränkungen aus.

Ich habe nur noch wenige Worte hinzuzusetzen. — Bei der Berathung des Entwurfs im Reichstage haben weder der Entwurf noch die Motive, außer bei dem Abgeordneten Meyer (Bremen) eine Beanstandung gefunden. Meyer erklärte die Bestimmung „daß eine Actiengesellschaft unter keinen Umständen Actien einziehen oder ihre eigenen Actien verkaufen dürfe, für eine höchst unzweckmäßige." — Er verstand also jene Bestimmung gleichfalls als eine absolute, unbedingte, glaubte aber von diesem Gesichtspunkte aus einen Widerspruch zwischen Abs. 3 des Art. 215 und dem Art. 248 zu finden. — Die von ihm dieserhalb erbetene Belehrung ward ihm von keiner Seite gewährt. Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß der gemeinte Widerspruch nicht vorhanden ist. Das Verbot des Art. 215 Abs. 3 beschränkt den Art. 248 auf solche Reductionen, die eine Vermittelung durch den Erwerb eigener Actien nicht erfordern.

Nachwort.

Diese Arbeit war lange vollendet, als mir von Krämel's Abhandlung über den Rückkauf eigener Actien im Bd. 29, Heft 1 dieses Archivs zu Händen kann. Sie hat mich von der Unrichtigkeit meiner Ansicht nicht überzeugt, liefert im Gegentheil ein nicht unerhebliches Beweismaterial für meine Ausführungen. Auch Krämel hat sich meines Dafürhaltens nicht in den Grenzen der Auslegung gehalten. Er prüft die Richtigkeit der vom Gesetzgeber für den Art. 215 Abs. 3 angegebenen Motive, findet, daß sie unhaltbar und leitet daraus die Verwerflichkeit des Gesetzes selbst her. Er hält das Gesetz theoretisch für falsch und praktisch für schädlich, der Ausgangspunkt seiner Ausführung ist der Gesichtspunkt, daß der Erwerb eigener Aktien, wenn er nicht zum Zweck der Agiotage geschehe, vielmehr die Herabsetzung des Grundcapitals verfolge, eine durchaus empfehlenswerthe Maßregel und deßhalb von vornherein zu bezweifeln sei, daß sie durch den Art. 215 habe verboten werden sollen. Diese Anschauung bahnt

Digitized by Google

dem Verfasser den Weg zu dem angeblichen Widerspruch zwischen Art. 215 und 248, den er durch die Beseitigung des Art. 215 lösen will. — Müßte ein solcher Widerspruch und demzufolge, wie von Kräwel meint, die Unausführbarkeit des Art. 248 anerkannt werden, so bliebe allerdings nach den Regeln der Interpretation nichts anders übrig, als derjenigen Vorschrift den Vorzug zu geben, welche am sachgemäßesten in den Rahmen des Gesetzes sich einfügte, mit den übrigen Bestimmungen desselben am besten harmoniren würde. Alsdann könnte die Frage nach der theoretischen und praktischen Haltbarkeit der Motive und nach der Rationalität der einen oder andern Vorschrift schwer in's Gewicht fallen. Allein so liegt die Sache meines Erachtens nicht. Kräwel hat nur Recht, wenn er im Widerspruch mit den Motiven durch den Art. 207a die Herabsetzung des Nominalbetrages für absolut verboten erklärt. Er will also hier entgegen der sonst erkennbar gewordenen Absicht des Gesetzgebers (— denn die Motive des Entwurfs zum Art. 207a haben nirgend eine Beanstandung gefunden und müssen deshalb als für alle Factoren der Gesetzgebung leitend angesehen werden —) eine Modification des Art. 207a durch den Art. 248 nicht zulassen, dagegen umgekehrt im Widerspruch mit dem im Gesetze selbst zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers den Art. 215 durch den Art. 248 theilweise beseitigen und nur zu einen Zwecke aufrecht halten (behufs Verhinderung der Speculation) der in den Motiven als Bestimmungsgrund gar nicht erwähnt wird! Das scheint mir doch durchaus willkürlich zu sein. — Art. 248 ist ausführbar, auch wenn Art. 215 strikte aufrecht erhalten wird. Es bleibt immer sowohl eine theilweise Zurückzahlung als eine Herabsetzung des Grundcapitals möglich. Jede theilweise Zurückzahlung involvirt eine Herabsetzung des Grundkapitals, aber nicht jede Herabsetzung muß mit einer Rückzahlung verbunden sein. Wird Art. 215 in seiner unbedingten Fassung aufrecht erhalten, so muß allerdings mit jeder Zurückzahlung und mit jeder Herabsetzung ohne Zurückzahlung eine Herabsetzung des Nominalbetrages der Actien eintreten, allein dieser Weg hat durch den Art. 207a unter Beobachtung des Art. 243 und 245 nicht verschlossen werden sollen. Er ist unter dieser Voraussetzung auch nicht so gefährlich, wie Kräwel

Digitized by Google

meint. Die Gläubiger — und auf deren Schutz zweckt ja Art. 207a ganz besonders ab — werden durch Art. 243 und 245 genügend gesichert. Dasselbe gilt aber auch von dritten Personen wenn sie es nicht an der Geschäftsvorsicht fehlen lassen, die bei dem Erwerbe von Actien mit Recht erwartet werden darf. Dagegen würde die bedingungslose Zulassung des Rückkaufes eigener Actien behufs Reduction des Grundcapitals nach meiner Ueberzeugung mit Rücksicht auf die jetzige Lage der Gesetzgebung große pecuniäre Gefahren für die Actionäre und sittliche Nachtheile für die Allgemeinheit mit sich führen. Denn wer einen Blick hinter die Coulissen geworfen hat, für den ist es kein Geheimniß, daß die Reductionsbestrebungen regelmäßig von einer kleinen Clique ausgehen, die nicht das Interesse der Actionäre, sondern lediglich ihr eigenes Interesse verfolgt und demgemäß mit allen möglichen erlaubten und unerlaubten Mitteln bemüht ist, den Cours der Actien herabzudrücken, um sie möglichst billig einzukaufen und demnächst möglichst theuer der Gesellschaft wieder aufzuhängen. Es ist das umgekehrte Spiel: Zuerst werden die Unternehmungen mit einem weit über ihrem Werthe stehenden Agio gegründet, und die Actien zu einem hinaufgeschwindelten Course den noch an Ehrlichkeit im Geschäftsleben glaubenden „Publicum" aufgehalst — und sodann wird der Cours ebenso schwindelhaft heruntergedrückt, um die Actien billig „einzuthun". — In beiden Fällen müssen die Actionäre die Zeche bezahlen. Sie sind solchen Bestrebungen gegenüber meistens machtlos, da sie vereinzelt einer planmäßig arbeitenden, durch die nöthigen Geldmittel unterstützten Coalition gegenüberstehen. Die Hinweisung der Actionäre auf die Generalversammlung als das geeignete Mittel, sich gegen Vergewaltigungen zu schützen, zeugt von zu großem Vertrauen. Denn so klug sind jene Actienschlächter auch, daß sie nicht eher mit ihren Anträgen hervortreten, als bis sie der Majorität der Generalversammlung gewiß sind, so daß diese Generalversammlungen nichts anderes als ein Gaukelspiel sind, wobei die wirklichen Actionäre durch Strohmänner überstimmt werden. Versuche, die gemacht worden sind, von der Generalversammlung den Cours festsetzen zu lassen, zu welchem der Vorstand die zu amortisirenden Actien erwerben dürfe, sind regelmäßig an dem Widerstreben der

Digitized by Google

interessirten Kreise der Urheber der Rückkaufsbestrebungen gescheitert. Die Strohmänner beschließen plein pouvoir.

Mir scheint es sehr bedenklich, diese Machination durch die bedingungslose Zulassung des Rückkaufs und der Amortisation der Actien zu sanctioniren. Eine so wichtige Frage darf nicht außer dem Zusammenhange mit der übrigen Gesetzgebung entschieden werden. —

Außer von Krawel haben sich auch mehrere Gerichtshöfe über die vorliegende Frage ausgesprochen. Das Appellationsgericht zu Stettin soll in Uebereinstimmung mit dem dortigen Kreisgerichte die Zulässigkeit des Ankaufs und der Amortisation verneint haben, die Entscheidung ist meines Wissens bisher nicht veröffentlicht. Dagegen haben das Hamburger Handelsgericht in Sachen des Hamburger Bankvereins und das Appellationsgericht zu Leipzig in Sachen der Leipziger Vereinsbank die Statthaftigkeit bejaht. —

Das erstgenannte Gericht (vgl. Beilage II der Berliner Börsenzeitung Nr. 112 vom 7. März 1874) gründet seine Ansicht auf die Stellung der Art. 207a, 215 und 248 im System des Handelsgesetzbuches und den Sinn dieser Bestimmungen. Jene seien für das Bestehen, Art. 248 für die gänzliche oder theilweise Liquidation gegeben, weshalb jene, soweit sie mit dieser gestatteten Liquidation unvereinbar seien, keine Anwendung finden könnten. Es müsse aber bei der Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundcapitals immer entweder gegen Art. 207a oder gegen Art. 215 verstoßen werden. —

Weshalb diese Argumentation unzutreffend ist, das habe ich bereits oben ausgeführt. Der aus der Stellung im System entnommene Beweis scheitert schon an dem Umstande, daß die im Art. 215 nachgelassene Amortisation ja auch auf eine allmälige Auflösung der Gesellschaft hinwirkt. Die Gleichstellung aber der Art. 207a und 215 ist deshalb unstatthaft, weil die in dem letztern Artikel gegebenen Vorschriften nicht wie jener auf einem einfachen Grunde beruhen, sondern aus vielseitigen nach verschiedenen Richtungen zielenden Erwägungen hervorgegangen sind und den Umfang ihrer Wirksamkeit die angegebenen Bedingungen des Erwerbs und der Amortisation der Actien genau begrenzen. Daß auch die Motive des Entwurfes — darauf beruft sich das Han-

Digitized by Google

delsgericht gleichfalls — demselben nicht zur Seite, vielmehr entgegenstehen, scheint mir keiner weitern Ausführung zu bedürfen. —

Das Appellationsgericht zu Leipzig geht davon aus, daß nach der Fassung des Art. 207a jede Ausnahme ausgeschlossen scheine, während nach den Motiven angenommen werden müsse, daß unter das Verbot nicht der Fall zu begreifen sei, wenn die Herabsetzung des Nominalwerthes unter den Voraussetzungen des Art. 248 erfolge. Dieselbe einschränkende Auslegung sei aber auch bezüglich des Verhältnisses von Art. 215 zum Art. 248 unbedenklich, da die legislativen Gründe, auf denen beide Verbote (Art. 207a und 215) beruhten, im Wesentlichen dieselben seien. Auch könnten die in den Motiven gegen den Erwerb eigener Actien geltend gemachten Bedenken im Falle einer Capitalsverminderung nach Maßgabe des Art. 248 — für zutreffend nicht erachtet werden. (Vgl. Berliner Börsen-Courier Nr. 130 vom vom 18. März 1874).

Auch diese Argumentation trifft der Vorwurf einer unzulässigen Gleichstellung der Art. 207a und 215, den ich gegen die Deduction des Hamburger Handelsgerichtes erheben mußte. Außerdem aber vermeidet sie den Abweg nicht, über die Grenzen der Auslegung hinaus, den Gesetzgeber corrigiren zu wollen, weil er angeblich von falschen Gesichtspunkten ausgegangen sei. Das Gesetz verliert aber nichts an seiner Kraft, auch wenn die zu Grunde liegenden Motive irrig sein möchten. —

Zum Schluß noch eine Bemerkung. — Vergebens habe ich bisher von der gegnerischen Seite eine Erklärung erwartet, in welcher Weise von den Art. 248, 245 und 243 Anwendung zu machen sei auf die vermittelst Rückkaufes eigener Actien zu bewirkende Herabsetzung des Grundcapitals. — Täglich bringen die Börsenblätter Bekanntmachungen, wonach diese oder jene Actiengesellschaft beschlossen hat, ihr Capital durch den Ankauf eigener Actien um eine gewisse Summe zu reduciren und daran schließt sich die Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden. — Vermuthlich glaubt man, daß damit dem Gesetze Genüge geschehen sei. Denn daß die Ausführung der Herabsetzung durch den Rückkauf nach Maßgabe des Art. 245 auf ein Jahr hinaus geschoben werde, davon habe ich niemals etwas gehört. Man

Digitized by Google

geht vielmehr sofort an den Ankauf und zahlt sogar, wie dieses die Centralbank für Industrie und Handel ohne Anstand gethan hat, aus dem nunmehr glücklich erzielten Ueberschuß eine Dividende! Die Gläubiger der Gesellschaft befinden sich also in der angenehmen Lage, daß ihnen statt des für die angekauften Actien hingegebenen baaren Geldes nunmehr die Actien haften und daß ihnen außerdem durch die Dividendenzahlung nochmals ein erhebliches baares Activum entzogen ist, welches ihnen ohne jene Operation nicht entzogen werden konnte. Man sieht auch hier wieder, daß nur der erste Schritt auf der abschüssigen Bahn schwierig ist. Das Beispiel der Centralbank beweist schlagend, wie begründet die Voraussicht des Gesetzgebers gewesen, daß die Zulassung des Ankaufes und der Amortisation der Actien dahin führen würde, unter jenem Vorwande unstatthafte Dividenden und Capitalzahlungen zu ermöglichen. Es bekräftigt auf der andern Seite auch die bisherige Ausführung, daß der Gesetzgeber in jener Voraussicht ein absolutes Verbot habe aufstellen wollen. Würden die Actiengesellschaften, welche auf jenem Wege ihr Grundcapital zu verringern bestrebt sind, ehrlich verfahren, so müßten sie nicht blos die Vernichtung, sondern schon den Ankauf der Actien bis nach Ablauf eines Jahres seit der ersten Bekanntmachung (Art. 243) hinausschieben. Denn es liegt auf der Hand, daß die Sicherheit der Gläubiger schon durch den Ankauf, nicht erst durch die Vernichtung der Actien gefährdet wird. Allein freilich, dann wäre kein Geschäft zu machen! Alle die schönen Ausführungen der Börsenblätter, daß der Effectenmarkt dringend einer Entlastung bedürfe und daß der Rückkauf der eigenen Actien das allein geeignete Mittel sei, sind nichts als trügerische Declamation. Denn es ist nicht abzusehen, welche Erleichterung der Börse dadurch verschafft werden kann, wenn gesetzmäßig verfahren und erst nach Ablauf eines Jahres der Rückkauf bewirkt wird. Und welche größere Vortheile bietet diese Operation den Actionären, deren alleiniges Interesse man angeblich verfolgt, als die Reduction mittelst effectiver Zurückzahlung? Wenn man aber entgegen dem Gesetze sofort zum Ankauf schreitet und nur die Vernichtung der Actien ein Jahr hinausschiebt, schlägt man dann nicht wiederum dem Art. 215 in's Gesicht, der ja nach der in den Motiven ausgesprochenen Absicht des Gesetz-

Digitized by Google

gebers dem Erwerbe eigener Actien auch deshalb entgegentritt, weil es aus theoretischen und practischen Gründen unzuträglich sei, daß die Actiengesellschaft eigene Actien, sei es in, sei es außer dem Reservefonds besitze?! Wohin man auch sieht, überall stößt man auf Widersprüche, die zu der Ueberzeugung drängen, daß der Gesetzgeber eine Capitalsreduction mittelst Actienankaufes überhaupt für unstatthaft erachtet habe und daß auf diesen Fall die Vorschriften der Art. 248, 245, 243 unanwendbar sind und nicht passen. —

II.

Art. 207a des H.-G.-Bs.

Von Herrn Dr. **Ladenburg** in Mannheim.

Die bevorstehende Einführung der neuen Münzwährung macht es wünschenswerth, daß die bestehenden Actiengesellschaften ihre Actien, welche im Guldenfuß ausgegeben sind, in die neue Währung umwandeln. Wie ist dieses Angesichts der Vorschrift des Art. 207a des H.-G.-Bs. ausführbar? Dort ist bestimmt, daß der Nominalbetrag der Actien während des Bestehens der Gesellschaft weder erhöht noch vermindert werden darf. Wollte man diese gesetzliche Bestimmung einhalten, so müßten z. B. fl. 100 Actien in solche zu 171 3/7 Mark, Actien zu fl. 500 in solche zu 857 1/7 Mark, fl. 1000 Actien in solche zu 1714 2/7 Mark umgewandelt werden. Es ist einleuchtend, daß solche Actien dem Bedürfniß des Verkehrs nicht entsprechen. Man ist gewöhnt, daß der Nominalbetrag der Actien in runden Zahlen ausgedrückt wird. Es ist auch nicht die Gewohnheit allein, welche dergleichen Actien dem Verkehr unannehmbar macht, sondern auch die Schwierigkeit der Coursberechnung. Es müßte daher den Actiengesellschaften mit Rücksicht auf die neue Währung gestattet werden, den Nominalbetrag ihrer Actien in runden Summen dieser Währung auszudrücken, mithin eine Erhöhung oder Minderung eintreten zu lassen. Allerdings würde dadurch auch das Grundcapital eine Veränderung erleiden, weshalb selbstverständlich alle Formen, welche bei Statutenänderungen vorgeschrieben sind, wie z. B. Zu-

Digitized by Google

stimmung der Generalversammlung der Actionäre, Eintragung in das Handelsregister, Veröffentlichung u. s. w., beobachtet werden werden müßten.*) Unter dieser Voraussetzung hat die Aenderung des Nominalbetrags der Actien keine Gefahr für das Publikum, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Verwaltungen, welche dergleichen Aenderungen vornehmen wollen, genöthigt sind, vielfache öffentliche Aufforderungen an die Actionäre zum Umtausch der ältern Actien gegen neue zu erlassen. Der Umtausch begegnet ohnedies so vielen thatsächlichen Schwierigkeiten, daß das Verbot des Art. 207a ganz unnöthig erscheint. Um nur ein Beispiel anzuführen: es ist mir eine Actiengesellschaft bekannt, deren Actien fl. 500 betragen, die aber früher (vor 20—30 Jahren) Theilactien zu fl. 50 ausgegeben hatte und in dieser langen Zeit noch nicht einmal im Stande war, alle diese Theilactien in ganze Actien umzuwandeln. Bekanntlich enthält Art. 207a auch die Bestimmung, daß selbst Actienantheile, die auf Inhaber lauten, nichtig sind, wenn sie unter 100 Thlr. oder fl. 175 betragen. Gleichwohl vermochte auch diese Vorschrift die Besitzer jener Theilactien bisher nicht zu bestimmen, die Umwandlung vorzunehmen. Andererseits kann man auch den Verwaltungen nicht zumuthen, eine solche Nichtigkeit gegenüber den Besitzern der Theilactien geltend zu machen, zumal es zweifelhaft ist, ob diese Nichtigkeit sich auch auf solche Actien oder Actienantheile, welche vor Erlassung des Gesetzes ausgegeben waren, beziehen kann? Es ist überhaupt fraglich, ob diese Androhung der Nichtigkeit practisch verwerthet werden kann? Wenn z. B. alle Actien einer Gesellschaft auf Inhaber lauten und dennoch nur fl. 100 betragen, wie das ja in Süddeutschland häufig vorkommt, kann man wirklich alle diese Actien für nichtig erklären? Oder kann man alle über dergleichen Actien geschlossenen Transactionen wieder aufheben? Wem soll das Vermögen der Gesellschaft gehören? Was soll aus den Verträgen werden, welche von den Vorständen dieser Gesellschaften mit dritten Personen geschlossen worden, und die entweder schon ausgeführt oder in der Ausführung begriffen sind? Das Eigen-

*) Bei einer etwaigen Verminderung des Grundcapitals kömmt auch die Vorschrift des Art. 248 in Betracht.

Digitized by Google

thümliche bei der Sache ist, daß, wenn der Widerspruch mit dem Gesetz bemerkt und auf Abhülfe Bedacht genommen wird, abermals dasselbe Gesetz im Wege steht. Ich nehme an, die Betheiligten wollen ihre Actien auf den von dem Gesetz normirten Betrag erhöhen. Das dürfen sie nicht wegen des Verbots des Art. 207a. Die beiden Vorschriften desselben Gesetzes stehen daher einander im Wege. Man könnte vielleicht glauben, der Richter dürfe eine solche Nothlage berücksichtigen. Ein Erkenntniß des Handelsappellationsgerichts in München vom 18. Juni 1873, mitgetheilt in diesem Archiv, Bd. 30 (N. F. Bd. 5) S. 163 hat anders entschieden. Abhülfe ist nur von der Gesetzgebung zu erwarten. Soll aber diese einschreiten, so möchte auch die in Art. 173, 178 u. 211 angedrohte Nichtigkeit der Actien gleichzeitig in Betracht gezogen werden, indem auch diese Nichtigkeit ohne schreiende Ungerechtigkeit practisch nicht verwerthet werden kann, wie in dem 15. Bande der Zeitschrift von Goldschmidt S. 33—56 nachgewiesen wurde. Vergl. auch das Centralorgan, 9. Bd., S. 84—86. Was Nissen in dem 19. Bd. (n. F. 4. Bd.) S. 376 u. 77 dagegen anführt, scheint auf einem Mißverständniß zu beruhen. Es handelt sich darum, ob der Vorschrift des Gesetzes, welches Actien unter gewissen Voraussetzungen für nichtig erklärt, eine practische Folge gegeben werden kann? Wenn alle Actien einer Actiengesellschaft nichtig sind, so ist deren Vermögen herrenlos; es sind ferner die gewählteu Organe der Gesellschaft ohne Vollmacht, weil die Actionäre, welche gewählt haben, wegen Nichtigkeit ihrer Actien nicht wählen konnten; es sind mithin alle Handlungen dieser Organe nicht für die Gesellschaft rechtsverbindlich. Alle Transactionen über die Actien sind hinfällig u. s. w. Es entsteht eine so große Verwirrung bestehender Verhältnisse, daß man davor zurückschreckt, das Gesetz, seinem Wortlaut nach, zu vollziehen. Man wird daher gedrängt, mindestens die Thatsache anzuerkennen, daß ein Vermögen vorhanden ist, an dem verschiedene Personen betheiligt, daß die Actien als Urkunden über die Betheiligung anzusehen sind, daß ferner das Gesellschaftsstatut unter den Betheiligten maßgebend sein muß u. s. w., woraus schließlich das Resultat sich ergiebt, daß trotz der Nichtigkeit der Actien alles sich so verhält, als ob diese gültig wären. Derselben Ansicht ist

Digitized by Google

Keyßner. Wenn nun Nissen dagegen auf die Haftbarkeit der Ausgeber verweist, so wird dadurch, vorausgesetzt daß diese zahlungsfähig und erreichbar sind, der Schaden von den Actionären abgewendet, dadurch aber dem Gesetz kein vernünftiger Sinn abgewonnen. Die Nichtigkeit der Actien ist eine Ungerechtigkeit, weil zunächst der Actionär, dem kein Uebertreten des Gesetzes zur Last fällt, dadurch betroffen wird. Daß er sich für seinen Schaden bei Andern erholen kann, ist für ihn kein hinreichender Ersatz, schon deswegen, weil er deshalb einen Proceß führen muß, was an sich schon eine Unannehmlichkeit ist, außerdem aber auch Kosten veranlaßt, die vielleicht gar nicht im Verhältniß zu seinem Verlust stehen, so daß er leicht vorziehen kann, diesen zu tragen, als jene aufzuwenden. Die Androhung der Nichtigkeit ist aber auch überflüssig, sobald man die Ausgeber für haftbar erklärt. Im übrigen dürfte sich das System der Ordnungsstrafen, wie solches bereits in den Art. 89 u. 155 angewendet ist, empfehlen. Jedenfalls wäre an dem Princip festzuhalten, daß die Actiengesellschaft nicht befugt ist, dritten Personen die Nichtigkeit, welche etwa als Folge der Nichtbeobachtung gesetzlicher Vorschriften angedroht würde, entgegenzuhalten.

Digitized by Google

B. Entscheidungen.

1.

A. Aus den Thüringischen Staaten.

Mitgetheilt von Herrn Geh. Justiz- u. Appell.-Gerichtsrath Rebling in Eisenach.

Handelsrecht.

1. Das Contocorrentverhältniß und seine Voraussetzungen. Es bewirkt, daß nur der Saldo, nicht eine **einzelne** Post eingeklagt werden kann. — 2. Interpretation des brieflichen Ausdruckes: „womit sich obige zwei Rechnungen begleichen" insbesondere in der Hinsicht, ob darin das Anerkenntniß der Abmachung eines Debet bez. der Verzicht auf weitere Leistungen zu finden sei. Art. 278 u. f. des A. D. H.-G.-Bs. — 3. Derjenige, welcher eine Waare zu bestimmten, nach dem Gewichte bemessenen Preise verkauft und jede Waarensendung mit einer Factura begleitet hat, kann den Preis für einen beliebigen Theil der verkauften Waaren einklagen. — 4. Hat der Verkäufer dem Käufer gestattet, ihm ein Gewichtsmanco zur Last zu bringen, so ist anzunehmen, daß der Käufer bei seiner nachher bewirkten Gutschrift das Manco in Abzug gebracht, bez. berücksichtigt habe. — 5. Entgegnet der Käufer dem Verkäufer auf dessen Bemerkung, daß er ein Goldstück nur zu so und soviel annehme, nichts, so steht ihm später keine desfallsige Einwendung mehr zu. — 6. Kaufleute können vom Momente der Fälligkeit einer Forderung von anderen Kaufleuten ohne weiteres Zinsen fordern (vergl. Art. 283 des A. D. H.-G.-Bs. — 7. Handelsreisende gelten für ermächtigt,

Digitized by Google

Zahlungsfristen zu bewilligen. Haben dieselben dabei gegen einen besonderen **abweisenden** Auftrag ihres Principals gehandelt, so kann dieser nur an den contravenirenden Reisenden sich erholen. Vgl. Art. 49 des A. D. H.-G.-Bs.

Ein Rechtsfall in S. des Garnverkäufers A. in Chemnitz gegen den Fabrikanten B. in Greiz wegen einer Waarenforderung.

Klage:

Kläger habe an den Verklagten am 9. Juni 1871 eine größere Quantität Garn zu dem Preise von 533 Thlr. 27 Gr. und sodann am 23. ejusd. eine andere Quantität zum Preise von 218 Thlr. 22 Gr. geliefert. Beklagter hätte in seiner Zuschrift vom 31. Juli 1871 den Empfang gedachter Garne bekannt, die genannten Summen dem Kläger gutgebracht und gleichzeitig zugesagt, diese Posten zur Verfallzeit zu reguliren. Rücksichtlich des letztern Punktes sei schon Ende 1870 zwischen den Parteien ausgemacht gewesen, daß Beklagter bei dreimonatlicher Regulirung der Waarenposten 2 Proc. Sconto zu beziehen haben solle. — Zur Ausgleichung dieser am 9. bez. 23. September 1871 fälligen, von da ab dem Kläger mit je 6 Proc., unter Abzug von 2 Proc. Sconto, zu verzinsenden Forderungen habe Verklagter nun am 27. September 1871 an den Kläger 11 Friedrichsdor, welche dieser zum Course von 5⅔ Thlr., zusammen mit 62 Thlr. 10 Gr., 144 süddeutsche Gulden, welche dieser mit 82 Thlr. 8 Gr. 5 Pf. angenommen, 241 Thlr. 4 Gr. 3 Pf. in Cassenanweisungen und 4 Appoints von 33 Thlr. 15 Gr. 3 Pf., 126 Thlr., 50 Thlr., geschickt, wobei noch dem Verklagten 15 Thlr. 1 Gr. als 2 Proc. Sconto gut zu bringen gewesen seien.

Kläger, welcher seine Restforderung vom Verklagten nicht erhalten habe, bitte daher, diesen zu verurtheilen, den verbliebenen Rest mit 533 Thlr. 27 Gr. nebst Verzugszinsen vom 9. Septbr. 1871 ab, sowie 218 Thlr. 22 Gr. nebst Verzugszinsen vom 23. September 1871 ab, unter entsprechendem Abzuge der obengedachten Gegenleistungen, an ihn zu zahlen.

Einreden:

1) Beklagter stehe mit dem Kläger in einem Contocurrent-

Digitized by Google

verhältnisse, weshalb dieser nur wegen des Saldo, nicht aber wegen einer beliebig aus den Contocurrentgeschäften herausgegriffenen Forderung, klagen könne.

2) Die gelieferte Waare, deren Preis jetzt eingeklagt werde, sei nur eine theilweise Ersatzlieferung gewesen für schadhaftes Garn, welches Kläger auf Grund eines im März 1871 mit Beklagtem geschlossenen Kauf- und Lieferungsgeschäftes geliefert, aber wieder zurückgenommen habe. Kläger könne mithin nur aus jenem Kaufvertrage klagen.

3) Dem Kläger stehe auch die exceptio nondum adimpleti contractus entgegen, indem er noch mit der Lieferung von 738$^{6}/_{10}$ Pfd. Handelsgewicht Garn im Rückstande sei.

4) Ferner stehe dem Beklagten aus dem zwischen ihm und dem Kläger geschlossenen Kauf- und Lieferungsvertrage eine Gegenforderung zu, die, mit der klägerischen Forderung compensirt, diese mehr als ausgleiche. Da nämlich Kläger das versprochene Garn zur bedungenen Zeit nicht geliefert habe, so hätte der Verklagte als Fabrikant dieses anderweitig kaufen müssen, wobei er einen Schaden erlitten habe, der die klägerische Forderung an Höhe übersteige, und für die Kläger aufkommen müsse.

5) Kläger fordere endlich zuviel, weil er einmal ein Gewichtsmanco von 2 Pfd., welches bei dem übersandten Garne eingestandenermaßen vorgekommen sei, nicht berücksichtigt, andererseits die 11 Friedrichsdor mit je $5^{2}/_{3}$ Thlr. zu niedrig berechnet habe, indem Beklagter solche mit je 5 Thlr. 21 Gr. habe berechnet wissen wollen, und endlich insofern zu viel Zinsen fordere, als er 6 Proc. berechne, und als das Zahlungsziel kein dreimonatliches, sondern ein viermonatliches gewesen sei.

Auf Grund vorstehender Einreden beantragte Beklagter, den Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten, ab- und zur Ruhe zu verweisen und die Klage mindestens angebrachter Maßen abzuweisen.

Einlassung des Beklagten auf die Klage.

Der Beklagte negirte den klägerischer Seits behaupteten Kauf der fr. Garne, ferner, daß der Werth besagter Garne in begleitender Factura so hoch angegeben gewesen, und ebenso, daß vom Kläger mit ihm das angeführte Abkommen über die Regulirung

Digitized by Google

des Geschäftes getroffen worden sei, wobei er für den Inhalt des ihm in diesen Beziehungen klägerischer Seits angetragenen Eides Gewissensvertretung wählte, event. den Eid annahm.

Weiteres Verfahren.

Nachdem Kläger in seiner Replikschrift alle Seitens des Verklagten aufgestellten Behauptungen theils negirt, theils für unwesentlich erklärt, seinerseits aber die Replik des Verzichtes auf Ersatz der angeblich unempfangbaren Garnquantitäten in den retournirten Kisten Nr. 141, 144 u. 145 und die in der Anlage zur Klagbeantwortung beigebrachten Briefe als mit den Originalien gleichlautend anerkannt hatte, wogegen wiederum Beklagter, unter Negation der Verzichtsreplik die vom Kläger in der Replikschrift producirten Abschriften als mit den betr. Urschriften übereinstimmend anerkannte, fand die Vernehmung der von beiden Theilen vorgeschlagenen Zeugen und Sachverständigen statt.

Entscheidung.

I. Nähere Angabe und Feststellung des relevanten thatsächlichen Einredematerials.

Die Einreden von 1—4 basirten wesentlich auf folgenden Thatsachen:

Beklagter habe bei dem Kläger am 18. Febr. 1872 per März, April und Mai je 1000 Pfd. Garn A.-Kette Nr. 34 zu dem Preise von 35 Gr. für das Pfd. bestellt. Kläger habe darauf erklärt, für diesen Preis nur in größerer Quantität liefern zu können, und zwar 3406 H.-Pfd., womit Verklagter stillschweigend einverstanden gewesen sei. Die Lieferung habe franco Greiz erfolgen sollen, wonach Kläger die Gefahr des Transportes zu tragen gehabt habe.

Verklagter hätte nun, wie er behauptet am 4. April 1 Kiste mit 347 Pfd. br. und am 14. ejusd. 3 weitere mit 323, 322 und 312 Pfd. facturirt empfangen. Bei der Untersuchung solle sich rücksichtlich jeder Kiste ein Gewichtsmanco von 5 Pfd. herausgestellt haben. Außerdem seien, wie Verklagter behaupte, die Bobinen naß, dumpfig, zum Theile modrig gewesen, das Gewicht der Kette in Bezug auf die Weise 32⅔ statt 34 Pfd. und beim probeweisen Verarbeiten habe sich ein Gewichtsverlust von 10 Proc. herausgestellt.

Digitized by Google

Nachdem Verklagter den Kläger am 28. April auf die Mängel des Garnes aufmerksam gemacht hätte, habe dieser gebeten, das fr. Garn zu seiner Disposition zu halten bis zu seiner persönlichen Anwesenheit in Greiz. Bevor jedoch diese erfolgt, seien am 2. Mai 9 weitere Kisten eingetroffen, auf welche sich bei der (spätern) Anwesenheit des Klägers die Untersuchung zum Theile miterstreckt habe, wobei gleichfalls feuchtes und, wie Beklagter behaupte, unempfangbares Garn gefunden worden sei. Kläger habe seines Zugeständnisses zufolge gefragt, auf welche Höhe sich sein Schadensersatz belaufen könne, und sich bereit erklärt, für die ihm vom Verklagten genannte Quantität von 6—800 Pfd. solchen zu leisten. Auch sei derselbe bereit gewesen, die noch unberührten Kisten der ersten Sendung zurückzunehmen und neues Garn dafür zu liefern, wobei zwischen den Parteien die für die rechtliche Beurtheilung unwesentliche Differenz obwalte, daß Verklagter meine, Kläger habe Ersatz für die erste Sendung und 6—800 Pfd. der zweiten versprochen, während Kläger sich nur zur Lieferung von im Ganzen 600—800 Pfd. verpflichtet haben wolle.

Verklagter habe nun, einem klägerischen Wunsche gemäß, mit der genaueren Untersuchung der Garne zweiter Sendung fortgefahren und wolle dabei zu dem Ergebnisse gekommen sein, auch dieses Garn als unempfangbares befunden zu haben.

Unter dem 10. Mai habe aber Kläger an den Verklagten geschrieben, daß er sich jetzt zu keinem Schadensersatze mehr verbindlich erachte, weil die havarirten Kisten ihm noch nicht zurückgegeben worden seien.

Auf die desfallsige Remonstration des Verklagten habe dieser Kläger unterm 15. Mai aufgefordert, das Garn der ersten und zweiten Sendung durch Sachverständige prüfen zu lassen, damit er Regreß gegen die Eisenbahnverwaltung nehmen könne, welche den Transport ausgeführt habe. Dabei habe er gütliche Einigung in Aussicht gestellt.

Verklagter habe sich jedoch durch diese klägerischen Propositionen nicht befriedigt gefühlt, vielmehr an den Kläger unterm 19. Mai 5 volle und eine angebrochene Kiste mit Garn im Gewichte von netto 1299½ Z. Pfd., 1390 Pfd. H.-G., d. h. 2 Kisten und eine Halbkiste der ersten und der zweiten Sendung retournirt,

Digitized by Google

deren Inhalt er als unbrauchbar angegeben und für den er Ersatz verlangt habe.

Kläger habe darauf verweigert, für die Kisten der zweiten Sendung Ersatz zu leisten, da der Inhalt dieser Kisten nach genauerer Prüfung von ihm als empfangbar befunden worden sei, und sich nur bereit erklärt, für 609 Z.-Pfd. Ersatz zu leisten, welche er auch unterm 9. Juni mit 432 Z.-Pfd. netto und unterm 23. mit 177 Pfd. effectuirt habe. Den Preis dieser Lieferung fordere Kläger jetzt mit seiner Klage ein.

Auf diese Sendung habe Beklagter mit Schreiben vom 31. Juli geantwortet, nachdem er noch vorher ein Gewichtsmanco der letzten Sendung von 2 Pfd. dem Kläger mitgetheilt, und Kläger dies ihm zur Last zu schreiben zugestanden hätte.

Die nach Ansicht des Verklagten nur noch restirenden 738½ Pfd. H.-G. habe derselbe unterm 3. August vom Kläger mit dem Bemerken gefordert, daß, wenn er bis Ende August seiner Verpflichtung nicht nachkomme, Verklagter sich Garn zu dem dermaligen erhöhten Preise kaufen und die Differenz dem Kläger in Anrechnung bringen würde. Dies hätte er auch, der Weigerung des Klägers zufolge, gethan, und betrage die Differenz des Preises, den er hätte zahlen müssen, von dem mit dem Kläger verabredeten soviel, daß dessen jetzt geltend gemachte Forderung vollständig damit compensirt werden könne.

II. Rechtliche Beurtheilung der Einreden.

Was die vom Verklagten aus diesem behaupteten Thatbestande gezogenen rechtlichen Consequenzen betreffe, so sei

zu Einrede 1 zu bemerken, daß, wenn Beklagter in dem von ihm bezeichneten Cyclus von Geschäften ein Contocurrentverhältniß erblicke, bei welchem nie eine einen einzelnen Posten bildende Forderung, sondern nur der Saldo eingeklagt werden könne, zwar der letztere Satz richtig, und demgemäß auf Antrag des Verklagten die angestellte Klage in angebrachter Maße abzuweisen sei, wenn wirklich ein Contoverhältniß vorläge, was Kläger bestreite. In der That sei auch ein solches für den Geschäftsverkehr zwischen den Parteien nicht ersichtlich. Ein Contoverhältniß beruhe auf dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrage zweier Kaufleute,

Digitized by Google

nicht die einzelnen von ihnen geschlossenen Geschäfte reguliren zu wollen, vielmehr durch gegenseitiges Gut- und zur Lastschreiben einen Saldo herzustellen, welcher in bestimmten Fristen ausgeglichen werden solle. Für den unter den Parteien obwaltenden Geschäftsverkehr ergebe sich aber schon nach Maßgabe den den Acten beiliegenden, von den Parteien in ihrer Authenticität anerkannten, Schriftstücken das Gegentheil. Es erhelle daraus, daß jedes einzelne Geschäft besonders regulirt worden, und von einer Saldoziehung keine Rede sei. Auch müsse darauf hingewiesen werden, daß für einen geschäftlichen Verkehr, wie ihn die Parteien unter einander gehabt hätten, ein Contocurrentverhältniß überhaupt nicht angenommen werden könne, da ein solches voraussetze, daß auf jeder Seite Forderungen und Gegenforderungen entstehen, welche mit einander ausgeglichen werden könnten und sollten. Hier habe aber Kläger lediglich geliefert und allein aus der Lieferung Forderungsrechte gegen Beklagten erworben, während etwaige Gegenforderungen dieses nicht in der Absicht gegenseitiger Geschäftsverbindung gelegen hätten, sondern nur zur Existenz hätten kommen können für den möglichen, aber von den Parteien nicht beabsichtigten, Fall, daß die gelieferte Waare an Quantität oder Qualität nicht dem vertraglichen Abkommen entspräche. Aber auch diese dem Verklagten etwa erwachsenen Forderungen characterisirten sich nicht als selbstständige Gegenforderungen desselben, sondern als Herabminderungen, welche die Forderungen des Klägers hätten erfahren müssen. Zum Ueberfluß hätten auch die desfalls vernommenen Sachverständigen die Existenz eines Contocurrentverhältnisses zwischen den Parteien in Abrede gestellt.

Zu Einrede 2—4 behaupte freilich Beklagter, daß die gelieferte Waare, deren Preis jetzt eingeklagt werde, nur Ersatzwaare gewesen sei für andere Waare, die Kläger aus einem Lieferungsvertrage habe liefern müssen; er sehe daher in der der Klage zu Grunde liegenden Lieferung kein eigenes Rechtsgeschäft, sondern nur einen Theil eines andern, welches also als Basis der Klage dienen müsse.

Indeß sei auch diese Auffassung nicht zutreffend; Kläger habe die Waare zu bestimmten, nach deren Gewichte bemessenem Preise verkauft und jede Waarensendung mit einer Factur begleitet. So

Digitized by Google

gut wie nun Jeder, welcher einen Genusverkauf in der gedachten Weise vornehme, den Preis für einen beliebigen Theil der verkauften Waare einklagen dürfe, so auch Kläger für die in der Klage namhaft gemachten, eine besondere Sendung ausmachenden und besonders facturirten Quantitäten Garne. Den Lieferungsvertrag, den er mit dem Verklagten abgeschlossen habe, betrachte er als bis auf die jetzt in der Klage geltend gemachte Quantität Garn als erfüllt. Kläger leugne demnach auch, daß er dem Verklagten gegenüber noch zu irgend einer Garnlieferung verpflichtet sei, oder daß er dem Verklagten irgend welchen Schadenersatz zu leisten habe. Damit bestreite er die vom Verklagten unter 3 u. 4 vorgeschützten exceptio non adimpleti contractus und compensationis; denn einerseits habe er seinen Vertrag erfüllt, und andererseits hätte der Beklagte gegen ihn keine Forderung.

Von den vom Kläger zur Unterstützung seiner Behauptungen replicando geltend gemachten Momenten sei eines hervorzuheben und zu erörtern, weil es die Einwendungen des Beklagten hinfällig mache. Kläger berufe sich nämlich auf ein von dem Verklagten unterm 31. Juli 1871 an ihn gerichtetes, von den Parteien anerkanntes Schreiben. Dieses beziehe sich auf das von den Parteien geschlossene Garngeschäft und enthalte nach Klägers Annahme die Erklärung des Verklagten, daß das von ihm contrahirte Geschäft als erfüllt betrachtet werde. In der That würde, von den Facturen der vom Kläger an Beklagten gesendeten Garne

24. Februar	1369	Thlr.	25 Gr. und
28. März	2564	„	12 „
Summa	3934	Thlr.	7 Gr.,

abgezogen die Beträge der retour gesandten Garne mit 1604 Thlr. 26 Gr. und somit nach Abzug eines Gewichtsmancos und des Sconto, das debet des Verklagten an den Kläger von ersterem selbst festgestellt mit 2252 Thlr. 16 Gr. 3 Pf. Auf dieses debet aber wolle Verklagter verschiedene einzelne Posten gezahlt haben, deren Summe der des debet gleich sei, und füge hinzu: „womit sich obige zwei Rechnungen begleichen". Das könne aber nur so aufgefaßt werden, daß, indem Beklagter sein debet um den Preis der retournirten Garne verringere und für ausgeglichen erkläre, er auf die früher von ihm verlangte Ersatzlieferung von Garn verzichte.

Digitized by Google

In diesem Sinne hätten auch die desfalls vernommenen Sachverständigen, denen der fr. Brief vorgelegt worden wäre, diesen aufgefaßt. Der letztere fahre aber fort, daß die vom Kläger als Ersatz gelieferten Garne, deren Preis den Gegenstand der jetzigen Klage bilde, dem Kläger mit 533 Thlr. 27 Gr. und 218 Thlr. 22 Gr. gut gebracht seien, und daß Beklagter diese Posten zur Verfallzeit reguliren wollten. Damit werde zuförderst das vom Verklagten behauptete Contocurrentverhältniß als nicht existent dargethan, und andererseits die auf der Basis dieses Anerkenntnisses begründete Klage des Klägers gerechtfertigt, da in der That nach Ausgleichung des ersten Garnlieferungsgeschäftes jetzt ein vom Verklagten selbst als selbstständig anerkanntes vorliege.

Freilich bestreite Beklagter, daß der von ihm gebrauchte Ausdruck „— womit sich obige zwei Rechnungen begleichen" als ein Verzicht auf Nachlieferung des Garnes aufzufassen sei, und er habe in einem späteren Schreiben vom 3. August 1871 in der That noch einmal auf die Ersatzlieferung des Garnes gedrungen; allein der Sinn der von ihm gebrauchten Worte, welchen Verklagter selbst durch richterliche Interpretation festgestellt wissen wolle, sei nach dieser, übereinstimmend mit dem Gutachten der Sachverständigen, in oben bezeichneter Art aufzufassen, und das Schreiben vom 3. August 1871 erscheine demnach als das unberechtigte Wiederaufstellen einer Forderung, welche Verklagter am 31. Juli 1871, gleichviel, ob sie wirklich berechtigt gewesen sei oder nicht, schon aufgegeben hätte.

Damit erscheinen die Einreden non adimpleti contractus und compensationis beseitigt, sowie die Einwendungen unter 1 u. 2.

Zu Einrede 5. Diese exceptio pluris petitionis werde vom Verklagten in den nachstehenden 4 Punkten gefunden:

a) sei bei der in der Klage geltend gemachten Garnsendung per concessum ein Gewichtsmanco von 2 Pfd. gewesen, dessen Preis daher von der in der Klage genannten Summe der Ansicht des Verklagten nach abgezogen werden müsse; allein aus dem Schreiben des Verklagten vom 31. Juli 1871 erhelle, daß er den Abzug von 2 Pfd. mit 2 Thlr. 10 Gr. bei Gutschrift der Ersatzsendungen schon bewirkt habe, und könnte er denselben nicht noch einmal geltend machen, da das gedachte Schreiben des Beklagten,

Digitized by Google

welches das Guthaben des Klägers feststelle, nach Empfang des vom 29. Juni datirten Briefes geschrieben sei, in welchem er das Manco von 2 Pfd. ihm zur Last zu schreiben bitte;

b) Weiter habe Beklagter an den Kläger 11 Friedrichsd'or in Zahlung gegeben, welche er mit 5 Thlr. 21 Gr. pro Stück berechnet wissen wolle, während Kläger sie nur mit 5 Thlr. 20 Gr. angenommen habe. In dieser Beziehung sei zu bemerken, daß Kläger an Beklagten nach Empfang der ihm am 3. August 1871 übersendeten Zahlung am 26. September geschrieben habe, daß er die Friedrichsd'or nur zu $5^2/_3$ Thlr. berechnen könne, wogegen Beklagter keinen Einwand erhoben habe, so daß auch diese Einwendung jetzt nicht als stichhaltig befunden werden könne.

c) Verklagter leugne aber, daß Kläger die Verzinsung seiner Forderung mit 6 Proc. vom Tage der Fälligkeit ab fordern könne, welches Leugnen den offenkundigen gesetzlichen Vorschriften gegenüber, auf denen die klägerische Forderung beruhe, keine Beachtung verdiene. Vgl. Art. 289 des Allg. D. H.-G.-Bs.

d) Verklagter behaupte endlich, daß zwischen ihm und dem Kläger nicht die von letzterem in der Klage erwähnten Zahlungsmodalitäten verabredet gewesen seien, daß vielmehr der Reisende des Klägers ihm die Bedingungen gestellt habe auf dreimonatliches Ziel und Regulirung mit einmonatlicher Rimesse bei 2 Proc. Sconto, bei sofortiger Abmachung 3 Proc. Sconto, das bedeute aber in Wahrheit ein viermonatliches Ziel, so daß also auch erst von diesem an Zinsen gefordert werden könnten. Beklagter berufe sich zum Beweise seiner Behauptung auf das Zeugniß des Reisenden des Klägers. Dieser mache hiergegen geltend, daß, selbst wenn sein Reisender die vom Beklagten behaupteten Zahlungsmodalitäten mit diesem bedungen hätte, er das ohne Auftrag, also unverbindlich, gethan haben würde.

Der Einwand des Klägers, daß ein von seinem Reisenden getroffenes Abkommen für ihn nicht verpflichtend sei, sobald es den von ihm an den Reisenden ertheilten Aufträgen widerspreche, sei unstatthaft; denn nach Art. 49 des A. D. H.-G.-Bs. gelten Handelsreisende für ermächtigt, Zahlungsfristen zu bewilligen, und Kläger könne, falls sein Reisender gegen einen abweichenden Auftrag gehandelt haben sollte, nur diesem gegenüber Erholung suchen.

Digitized by Google

Der als Zeuge vernommene Reisende habe zum Theil sehr unbestimmte Aussagen gemacht, zum Theil den Angaben des Verklagten widersprechende, weshalb dem Verklagten der event. zugeschobene und zurückgegebene Eid aufzuerlegen sei, daß in der That zwischen ihm und dem klägerischen Reisenden die von ihm behauptete Zahlungsmodalität verabredet gewesen sei. Im Schwörungsfalle sei von den eingeklagten Zinsen ein der Behauptung des Beklagten entsprechender Abzug zu machen.

III. Tenor des Urtheiles der Juristenfacultät zu Leipzig vom 22. Juli 1873.

Daß Beklagter schuldig, an Klägern die geforderten 533 Thlr. 27 Gr. nebst 6 Proc. Verzugszinsen vom 9. Septbr. 1871 ab, sowie 218 Thlr. 22 Gr. nebst 6 Proc. Verzugszinsen vom 23. Septbr. 1871 ab zu zahlen, abzüglich der in der Klage angegebenen Gegenleistungen des Verklagten, und die Kosten des Processes zu tragen verbunden; es könnte und wollte denn Beklagter einen Eid dahin schwören:

daß Beklagter mit dem Reisenden des Klägers eine Verabredung dahin getroffen habe, daß die vom Verklagten an Klägern zu leistenden Zahlungen nach drei Monaten in einmonatlichen Papieren unter Abzug von 2 Proc. Sconto erfolgen solle,

welchenfalls Beklagter von der wider ihn erhobenen Klage, insoweit solche auf Verzugszinsen von Ablauf des vierten Monates von einer jeden Post Empfangszeit an gerechnet, gerichtet ist, zu entbinden und los zu zählen ist.

In zweiter Instanz trat das Appellationsgericht zu Eisenach in seinem Erkentnisse vom 20. März 1874 im Allgemeinen dem vorstehenden Urtheile der Leipziger Juristenfacultät bei. Nur rücksichtlich der Replik des Verzichtes waren ebensoviel Stimmen für deren Aufrechthaltung, wie für deren Verwerfung. Die letzteren gingen von folgender Anschauung aus:

Die Replik des Verzichtes auf Ersatz der angeblich unempfangbaren Garnquantitäten in den retournirten Kisten Nr. 141,

Digitized by Google

144 u. 145 könne aus dem dafür angezogenen Schriftstücke nicht mit derjenigen Sicherheit entnommen werden, wie es gerade bei einer verzichtenden Erklärung unerläßlich sei. Das fr. Schriftstück enthalte einen Buchauszug, um den actuellen Stand des Debet und Credit beider Parteien am letzten Juli 1871 rechnerisch und ziffermäßig festzustellen. Die aus den zu Grunde liegenden Geschäften resultirenden Ansprüche auf künftige Lieferungen hätten daher wenigstens dann nicht ihre Stelle in diesem Buchauszuge zu finden gebraucht, wenn sie dem Rechnungssteller als Geschäfte erschienen, zu deren Entrirung auf die alten Bedingungen hin er zwar den Kläger für verbunden gehalten habe, um seiner Ersatzverbindlichkeit gerecht zu werden, die aber doch immerhin noch nicht abgeschlossen gewesen seien, deren Abschließung Kläger vielmehr auf das Bestimmteste bis dahin verweigert hätte, und die sich im Credit und Debet ziffermäßig noch gar nicht ausdrücken ließen. Die Rechnungen über das frühere Verhältniß hätten dem Rechnungssteller allenfalls als beglichen erscheinen können, ungeachtet er an dem Anspruche auf Abschluß neuer zur Entschädigung für die früheren rückgängig gewordenen festzuhalten gemeint gewesen sei, wie er denn in der That die Rechnungen über das frühere Verhältniß für beglichen erklärt und doch erst nachfolgend den Theil der Ersatzlieferungen zur Verrechnung gebracht habe, zu dem sich Kläger bereits verstanden gehabt hätte. Sie hätten ihm also auch beglichen erscheinen können, ungeachtet er sich für berechtigt gehalten habe, noch mehrere Ersatzlieferungen, als die zugestandenen, in Anspruch zu nehmen.

2.

Die Producenten betreiben keine Handelsgeschäfte, d. h der Verkauf von selbst gezogenen oder gewonnenen Producten ist kein Handelsgeschäft und deshalb auch keine Handelssache. Zu Art. 271, 275 d. A. D. H.-G.-Bs. — Nur für den **Käufer** solcher Producte liegt ein Handelsgeschäft dann vor, wenn er behufs der Weiterveräußerung derselben kaufte. Vgl. dieses Archiv III, S. 407.

Nach den Bestimmungen des Allg. D. H.-G.-Bs. in den

Digitized by Google

Artikeln 271—277 kann es einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß der Verkauf derjenigen Producte, welche Jemand auf seinem eignen oder auf dem seinem (persönlichen oder dinglichen) Nutzungsrechte unterworfenen Grunde und Boden oder aber von Theilen desselben und aus demselben ziehet oder sonst gewinnt, im Sinne des angezogenen Gesetzbuchs zu den Handelsgeschäften nicht gerechnet werden darf. Daß dies aber von der Conferenz der Commissare deutscher Länder, welche den Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche zu berathen und materiell, wie sprachlich festzustellen berufen war, auch beabsichtigt wurde, ergiebt sich deutlich aus dem betreffenden Inhalte der Nürnberger Protocolle über die CLIV. Sitzung, Bd. II, S. 1283. —

Bei Discussion des Art. 234 des auf Grund der von der Conferenz in erster Lesung gefaßten Beschlüsse redigirten Entwurfes (Art. 212 des Preuß. Entwurfes, Art. 254 des Entwurfes nach den Beschlüssen in zweiter Lesung und Art. 271 des Entwurfes aus dritter Lesung) nämlich wurde zu Ziff. 1, welcher in Verbindung mit den Eingangsworten des Artikels besagt, daß als Handelsgeschäft der Kauf beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen, gilt, ohne Unterschied, ob die Contrahenten zu den Kaufleuten gehören oder nicht, — von einem Mitgliede der Commission bemerkt, daß nach dem Antrage des Referenten der Producent vom Gebiete des Handelsrechtes ausgeschlossen sei. Dies sei zwar im Allgemeinen, aber keineswegs durchgängig, richtig, so z. B. gewiß nicht bezüglich der vielen großartigen Berg- und Hüttenwerke, weshalb vorgeschlagen wurde, zum 1. Buche, Tit. 1, Art. 2 des Preuß. Entwurfs eine besondere Bestimmung des Inhalts zu treffen: „Als ein Kaufmann gilt — 2. wer ge„werbmäßig in einem Umfange, welcher die Anwendung der „Formen eines regelmäßigen Geschäftsbetriebes erfordert, — c. Ge„genstände eigner Production roh oder verarbeitet weiter „veräußert. — Von einem andern Mitgliede wurde zur Unterstützung des ebenerwähnten Antrages auf den Umstand hingewiesen, daß man wohl unterscheiden müsse zwischen dem Falle, in welchem der Producent lediglich zum eigenen Bedarfe seine landwirthschaftlichen Erzeugnisse zu Ganz- oder Halbfabrikaten

Digitized by Google

z. B. sein Getreide zu Mehl, seine Runkelrüben zu Melisszucker umgestalte, und zwischen dem Falle, wo er seine Erzeugnisse gewerbmäßig für dritte Personen verarbeite. Im ersteren Falle z. B. bei der Vermahlung des eignen Getreides auf sog. Hausmühlen sei selbstverständlich von einem Gewerbsbetriebe keine Rede, daher auch der Betrieb einer Hausmühle nicht als Gewerbsbetrieb erscheine und nicht zum Kaufmann qualificire. Im zweiten Falle jedoch und z. B. insbesondere bei dem großartigen Betriebe von Runkelrübenzuckerfabriken, welche die auf eigenen, ausgedehnten Landgütern erzeugten Runkelrüben verarbeiten, sei der gewerbsmäßige Betrieb solcher Fabriken offenbar ein Handelsgeschäft und mache es für die Producenten sehr wünschenswerth, daß die für Handelsgeschäfte geltenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchsentwurfes auf dieselben Anwendung finden. Es wurde deshalb beantragt, hierüber eine geeignete Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen. Diesem Antrage gegenüber machte sich jedoch die Erwägung geltend, daß man, wenn der Producent im Allgemeinen hier erwähnt würde, weit über die richtige, dem Handelsrechte gesteckte, Grenze hinausgehe, indem dann jeder Oeconom und alle Production durch Ausnutzung von Grund und Boden in das Handelsrecht gezogen würde, daß aber auf der andern Seite eine sichere Unterscheidung zwischen großartiger und geringfügiger Production aufzustellen ganz unmöglich sei, und daß die Hauptfälle großartiger Production aus andern Gründen unter das Handelsrecht fallen würden, weil die Producenten, ohne zu ihren Zwecken Ankäufe zu machen, nur selten durchkommen könnten, so daß sie mit Rücksicht hierauf als Kaufleute erscheinen würden.

Steht hiernach unwidersprechlich fest, daß der Verkauf von Producten Seitens des Producenten nach dem A. D. H.-G.-B. kein Handelsgeschäft ist und keins sein sollte, so wird auch,

a) mit Rücksicht auf Art. 4 des A. D. H.-G.-Bs., selbst der gewerbsmäßige Betrieb von Geschäften mit selbsterbaueten Producten für den Producenten als Verkäufer die Qualification als Kaufmann nicht begründen;

b) auch ein zum Zwecke solchen Betriebes abgeschlossener Gesellschaftsvertrag vermag eine wirkliche Handelsgesellschaft im

Digitized by Google

Sinne des A. D. H.-G.-Bs. (Art. 110 u. ff. des A. D. H.-G.-Bs.) nicht zu erzeugen, und ebensowenig werden

c) diejenigen Personen, welche für diesen Betrieb angestellt und thätig sind, zu Handlungsgehilfen, bez. Handlungsbevollmächtigten Art. 41 ff., 57 ff. des A. D. H.-G.-Bs.

d) Tritt daher der Betrieb eines solchen Bodenproductengeschäftes z. B. auch einer Thon-, Kreide-, Sand- und Kohlengrube, eines Steinbruches, Waldes ꝛc. selbst als ein selbstständiges Gewerbe auf, so fehlt es doch immer an den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des ersten Absatzes des Art. 273 des A. D. H.-G.-Bs., wonach alle einzelnen gewerbsbetriebsmäßigen Geschäfte eines Kaufmannes — welcher der Verkäufer der Producte des eignen Grundes und Bodens nach dem Gesetze an sich nicht ist und nicht sein kann — als Handelsgeschäfte anzusehen sind, und ebenso kann die im ersten Absatze des Art. 274 des A. D. H.-G.-Bs. aufgestellte Präsumtion, daß die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten sollen, rücksichtlich des Producenten und eines über den Verkauf des betr. Grundstückes und über dessen künftige gemeinschaftliche Benutzung zur Production mit einem Andern abgeschlossenen Vertrages nicht Platz greifen, wenn nicht etwa der fragliche Betrieb des Producenten einen Theil eines sonstigen Gewerbsbetriebes der bei dem fr. Verkaufe betheiligten Personen bildet, und auch nicht zu dem Handelsgewerbe der betr. Contrahenten gehört.

In Uebereinstimmung mit dem Vorstehenden hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht in den Gründen zu einem Erkenntnisse aus der Sitzung seines II. Senates vom 19. October 1873 ausgesprochen.

Jedenfalls kann nach den obigen Sätzen auch daran nicht gezweifelt werden, daß der Verkauf von Bodenerzeugnissen Seitens des Producenten in processualischer Beziehung keine Handelssache bildet, und der Producent bez. Verkäufer in dem für Handelssachen eingeführten Verfahren nicht belangt, bez. dieses Verfahren gegen ihn nicht angewendet werden kann, auch die Handelsgerichte, wo deren bestehen, rücksichtlich des Verkaufs selbstgezogener Producte Seitens des Producenten nicht zuständig sind,

Digitized by Google

weil eben für diesen kein Handelsgeschäft und mithin keine Handelssache vorliegt.

Wenn aber umgekehrt derjenige, welcher solche Bodenerzeugnisse von dem Producenten als dem Verkäufer kauft oder sich sonst anschafft, dies in der Absicht und zu dem Zwecke thut, um die fraglichen Producte in Natur oder nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung weiter zu veräußern, so liegt für den Käufer ein Handelsgeschäft noch Art. 271, Ziff. 1 des A. D. H.-G.-Bs. um so mehr vor, als er gerade mit solchen Bodenproducten überhaupt oder mit der gerade fraglichen Sorte gewerbsmäßig Handel treibt. Soll daher dieser Käufer von dem Producenten als Verkäufer aus dem einschlagenden Kaufvertrage belangt werden, so kann und muß dieses bei den Handelsgerichten, wo solche eingeführt sind, geschehen, bez. in dem für Handelssachen vorgeschriebenen Verfahren. — Hatte z. B. Jemand nur in der Absicht der Weiterveräußerung eine große Quantität Holz am Stehen gekauft, war wenigstens die Absicht des Käufers zur Weiterveräußerung auf Seiten des Käufers die primäre und überwiegende, so genügt dies, um den fraglichen Handel für den Käufer zu einem, wenn auch letzternfalls nur einseitigem, Handelsgeschäfte nach Art. 271, Ziff. 1 und Art. 277 des A. D. H.-G.-Bs. zu stempeln. Was das auf Klagen aus einseitigen Handelsgeschäften einzuleitende Verfahren im Großherzogthum Weimar anlangt, so enthält zwar das Einführungsgesetz vom 18. Aug. 1862 keine besondere Vorschriften hierüber, sondern nur die allgemeine Bestimmung, daß „in Handelssachen" nach dem Gesetze vom 31. Mai 1817, das Verfahren in minder wichtigen Sachen betreffend, procedirt werden solle. Es liegt indeß kein Grund vor, unter dem Ausdruck „Handelssachen" nur die sog. zweiseitigen Handelsgeschäfte zu verstehen, obschon der Art. 277 des A. D. H.-G.-Bs., welcher von den einseitigen Handelsgeschäften spricht, im ersten Abschnitte des ersten Titels des vierten Buches des A. D. H.-G.-Bs. über den Begriff der „Handelsgeschäfte im Allgemeinen" steht, woraus folgt, daß auch das einseitige Handelsgeschäft vom Gesetze zu den Handelsgeschäften überhaupt mitgezählt wird und deshalb unter den weitern Begriff der Handelssachen mitfällt. Vgl. d. Archiv I. S. 8 u. 9, 450, II. S. 253.

Digitized by Google

Es sind demnach auch in der Praxis Ansprüche aus solchen einseitigen Handelsgeschäften in den Formen des gedachten Gesetzes von 1817 verhandelt, zumal wenn ein Handelsgeschäft auf Seiten des Beklagten vorlag, wie die Einführungsgesetze anderer Staaten ausdrücklich bestimmen. Dieser Anschauung hat das Reichsgesetz betr. die Errichtung des Reichsoberhandelsgerichts vom 12. Juni 1869 in § 13, Ziff. 1 Rechnung getragen, auch insofern, als es unter Ziff. 3, § 13 cit. anerkannte, daß unter „Handelssachen" nicht immer nur sog. zweiseitige Handelssachen zu verstehen seien.

Dem beispielsweise obengenannten Kaufe von Holz am Stehen oder von Holz auf dem Stamme kann auch nicht auf Grund des Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. die Eigenschaft als Handelsgeschäft für den Käufer versagt werden; denn nach übereinstimmender Ansicht der Commentatoren des A. D. H.-G.-Bs. sind als Immobilien nicht solche Sachen anzusehen, welche zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses noch unbeweglich sind, in dem Vertrage aber als vom Grunde und Boden zu trennende in Betracht gezogen wurden. Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 275, § 2; Makower, Commentar zu Art. 275, Anm. 21b, S. 215; Goldschmidt, Handelrecht I. 1, S. 517.

3.

Gesetzlicher Erfüllungsort. — Verabredung eines Erfüllungsortes ist eine Nebenbestimmung des Vertrags, ein Accidentale gegenüber dem gesetzlichen als Naturale. — Art. 324, Abs. 2 u. 3, 342, Abs. 1 u. 2 d. A. D. H.-G.-Bs.

Wenn auch der Käufer einer Quantität (von 100 Ctr.) Hafer notorisch in A. wohnt und sein Handelsgeschäft betreibt, und ebenso notorisch der Verkäufer zwar in B. wohnt, aber den Hafer, welchen er verhandelt, allerwärts zusammenkauft und von den verschiedensten Orten aus zu liefern genöthigt ist, so folgt daraus doch keineswegs mit Sicherheit, daß die Erfüllung des betr. Haferhandels nach der Intention der Contrahenten oder nach der Natur der Sache und des Geschäftes in Gemäßheit der Bestimmung in Art. 324 (Abs. 1) und 342 (Abs. 1) des A. D. H.-G.-Bs. an

Digitized by Google

dem Wohnorte des Käufers und nicht an dem des Verkäufers, stattfinden solle, zumal wenn ungewiß bleibt, ebensowohl woher im concreten Falle der Verkäufer den Hafer zu beschaffen, wie wohin der Käufer ihn weiter zu verhandeln und abzusetzen gedachte, wie denn auch noch ein anderer Umstand, nämlich daß nach beiderseitiger Behauptung ein Erfüllungsort — wenn auch von jedem Theile ein anderer — in concreto ausdrücklich stipulirt worden sein soll, schon vermuthen läßt, daß er beiden Theilen keineswegs selbstverständlich erschien. Es war also in dem vorstehenden Falle der gesetzliche Erfüllungsort in Art. 324, Abs. 2 u. Art. 342, Abs. 2 des A. D. H.-G.-Bs. keinenfalls anzunehmen.

Die Verabredung eines (bestimmten) Erfüllungsortes bildet eine Nebenbestimmung des Vertrages, von der die Existenz des letzteren an sich nach der Natur des Rechtsgeschäftes keineswegs abhängt. Soll eine solche Abhängigkeit stattfinden, so muß sie ausdrücklich ausgemacht sein. Es handelt sich um ein bloßes Accidentale, bei dessen Wegfall das Naturale anzunehmen ist und eintritt. Wird also in dem obigen Falle die von einem Theile behauptete Stipulation eines besonderen Erfüllungsortes nicht erwiesen, so ist damit nicht der ganze Haferhandel wirkungslos, sondern er entbehrt nur einer Wirkung in Beziehung auf den betr. Nebenpunkt, und einer auf diesen (— Lieferung des Hafers an einem bestimmten Orte —) mitgerichteten Klage kann zwar insoweit keine Folge gegeben werden, aber die Plus petitio loco hat nicht die rechtliche Folge, daß sie ganz verloren geht, sondern bewirkt nur einen Verlust der Klage in tantum, soweit darin Erfüllung des Vertrages an einem andern, als dem gewöhnlichen, gesetzlich bestimmten Erfüllungsorte geboten ist. Eine Abweisung der ganzen Klage in dem Falle, wenn der darin von dem Kläger als stipulirt bezeichnete Erfüllungsort unerwiesen bleibt, ist ungerechtfertigt, vielmehr war solchenfalls der Klage dennoch Folge zu geben, jedoch nur auf Lieferung in dem Wohnorte des beklagten Verkäufers, als dem gesetzlichen Erfüllungsorte.

(Aus einem Erkenntnisse des Appellationsgerichtes zu Eisenach vom 17. März 1874.)

Digitized by Google

4.

Saumseligkeit des Käufers in der Zahlung des Kaufpreises gibt dem Verkäufer das Recht, vom Vertrage abzugehen. — Zu Art 343. 354. 356 und 357 des A. D. H.-G.-Bs.

Wenn bei dem Abschlusse eines Handels über eine Quantität Hafer Ende Februar 1873 ausdrücklich ausbedungen war, daß der Käufer den Hafer binnen 14 Tagen auf dem Bahnhofe zu H. gegen Baarzahlung zu übernehmen, dem Verkäufer aber zuvor die zum Transporte erforderlichen Säcke zu diesem Zwecke zuzusenden habe, und wenn feststeht, daß der Käufer des Hafers weder binnen der gedachten 14tägigen, noch binnen einer ihm weiter verstatteten Frist trotz desfallsiger Bedrohung mit anderweiter Verfügung über den Hafer Seitens des Verkäufers die erforderlichen Säcke gesendet und sich zur Abnahme des Hafers auf dem Bahnhofe zu H. gemeldet hat, so ist hierin nicht allein eine mora accipiendi auf Seiten des Käufers zu finden, die den Verkäufer zur Deposition und zum Verkaufe des fr. Hafers für Rechnung des säumigen Käufers, keineswegs aber zum Abgehen von dem geschlossenen Vertrage berechtigt, — Vgl. Art. 343. Ostst. Art. 354 des A. D. H.-G.-Bs. —, sondern es liegt zweifelsohne auf Seiten des Käufers, da Contantzahlung stipulirt war, in der Nichtabnahme des Hafers zugleich die Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises, welche Zug um Zug (uno actu), mit jener erfolgen sollte. Es ist nicht möglich, beide Leistungen von einander zu trennen, da sie eben nur einen Act bilden, und es ist daher auch unzulässig, an die Unterlassung solchen Actes nur die nachtheiligen Folgen der einen Seite desselben zu knüpfen. Dies würde zur Consequenz haben, daß der Käufer durch die contractswidrige und deshalb unrechtmäßige Verweigerung des erkauften Hafers dem Verkäufer das Recht entziehen könnte, vom Vertrage abzugehen, welches er demselben durch Saumseligkeit in der Zahlung des Kaufpreises verschafft hatte. Vergl. auch Lamprecht in diesem Archive N. F. I. S. 49 (69).

Wenn daher die formalen Voraussetzungen der Art. 354 und 356 des A. D. H.-G.-Bs. — ein Fixgeschäft nach Art. 357 liegt nämlich ganz unzweifelhaft nicht vor, — vorliegenden

Digitized by Google

Falles anzunehmen sind, so kann auch das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht in Frage gezogen werden. Jene Annahme ist aber vollständig gerechtfertigt; denn wenn der Verkäufer den Käufer zur Abnahme des verkauften Hafers aufgefordert und ihm mit der Bedrohung, daß er eventuell über den Hafer anderweit verfügen werde, wiederholt Fristen gestellt hat, so versteht es sich von selbst, daß die Aufforderung zur Abnahme der Lieferung in dem Sinn erfolgte, in welchem sie stipulirt war d. h. zur Abnahme gegen sofortige Baarzahlung, und daß also auch zu letzterer Aufforderung und Friststellung erfolgt war.

(Aus dem Erkenntnisse des Appellationsgerichtes zu Eisenach aus dem Monat März 1874).

5.

Der Käufer trägt die Gefahr der Emballage wie der Waare. — Zu Art. 345 des A. D. H.-G.-Bs.

Der Käufer hatte von dem Verkäufer eine gewisse Anzahl von Säcken bei verschiedenen Sendungen als Verpackungsmittel für erkauftes Getreide zugesendet erhalten, und zwar mit der Maßgabe, daß er die fraglichen Säcke vier Wochen lang frei behalten dürfe, von da ab aber $^3/_4$ Pfennig Leihgeld für Tag und Sack zu entrichten und außerdem die Säcke s. Z. jedenfalls franco zurückzusenden habe. Auch hat der Käufer bei den betr. Getreidesendungen Seitens des Verkäufers zugleich Facturen erhalten und ohne Widerspruch angenommen, in denen der ausdrückliche Vermerk enthalten war, daß für seine Rechnung und Gefahr versandt worden sei. Käufer bestreitet nur, daß sich dieser Vermerk mit auf die hergeliehenen Säcke bezogen habe, bez. beziehen lasse. Käufer weigert sich jedoch, dem Anverlangen des Käufers nach Rückgabe der fraglichen Säcke oder eventuellen Werthsersatze zu entsprechen, indem er behauptet, daß die gedachten Säcke bei Gelegenheit eines Schadenfeuers in seinem Mühlenetablissement in der Nacht vom 18/19. März 1872 ein Raub der Flammen geworden und sonach zum Schaden des Eigenthümers der Säcke, des Verkäufers, ohne das Verschulden des Käufers untergegangen seien.

Diese Behauptung erscheint jedoch nicht geeignet, das er-

Digitized by Google

wähnte Anverlangen des Verkäufers zu beseitigen. Denn wenn auch Art. 345 des A. D. H.-G.-B. nicht im Besonderen von der Emballage, sondern nur von der verkauften Waare selbst und von der desfallsigen Gefahrtragung des Käufers handelt, so folgt es doch, auch abgesehen von den dafür sprechenden Auslassungen der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin und anderer Sachverständigen, mehr schon aus der Natur der Sache, daß die Gefahrtragung für die Waaren selbst von derjenigen für das nothwendige Verpackungsmittel nicht getrennt werden kann, ohne der Sache Gewalt anzuthun, auch dann insbesondere nicht, wenn der Verkäufer die erforderliche Emballage nur herleiht und sich — ohne eine eventuelle desfallsige Verkaufsproposition — ausdrücklich deren Rücksendung in natura ausbedingt. In einem Falle dieser Art muß man unbeirrt von der rein äußerlichen Rücksicht auf das, dem Verkäufer verbleibende, Eigenthumsrecht an der Emballage den, auch hier vor Allem den Ausschlag gebenden, Vertragswillen der Contrahenten als dahin gehend betrachten, daß der ganze Versandt auf Gefahr des Käufers erfolgen, letzterer daher zum Allermindesten auch die Gefahr der hergeliehenen Emballage bis dahin tragen solle, wo er der von ihm übernommenen Pflicht zur Rückgabe der Verpackungsmittel dadurch Genüge geleistet haben würde, daß er die betr. Sachen einer geeigneten Transportgelegenheit mit dem Auftrage der Beförderung an den Eigenthümer überantwortet hat. Daß Letzteres geschehen sei, hat der Käufer nicht einmal behauptet, die fragl. Emballage ist vielmehr in seinem Mühlenetablissement mit verbrannt, zu einer Zeit also, wo er noch gar keine Anstalt gemacht hatte, den ihm jedenfalls — früher oder später — obliegenden Rücktransport an den Eigenthümer der fraglichen Säcke in's Werk zu setzen, und wo er also präsumtiv auch noch das commodum rei hatte. Es läßt sich deshalb nicht annehmen, daß schon zu dieser Zeit für den Käufer eine Beendigung der von ihm vertragsmäßig übernommenen Gefahrtragung für den früheren verkäuferischen Versandt, von welchem die fraglichen Säcke einen integrirenden Theil bilden, eingetreten sei, und sein desfallsiges (Einrede-)Vorbringen erscheint sonach unbeachtlich. Vgl. auch Stägemann, Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes II. S. 46—49.

Digitized by Google

In dem hiervor ausgesprochenen Sinne hat das Appellationsgericht zu Eisenach unterm 10 November 1873 erkannt.

6.

Wechselrecht.

Zu Art: 10. 12. 30 ff. 36. 42 ff. der A. D. Wechselordnung. 1. Legitimation eines Trassanten oder Indossanten zur Erhebung der directen Wechselklage. 2. Gegen wen geht die Wechselregreßklage? 3. Das Blancoindossament hat die Natur eines Inhaberpapieres und legitimirt den Inhaber ohne Weiteres zur Wechselklage.

Die Streitfrage, ob ein Trassant oder Indossant zur Anstellung der directen Wechselklage legitimirt erscheint, wenn er den Wechsel durch Vollindossament weiter begeben hat, jetzt aber wieder in den Besitz desselben gelangt ist, doch vor der Klagerhebung versäumt hat, die nachfolgenden Vollindossamente durch Streichung zu annulliren, kommt dann von selbst außer Betracht, wenn die fr. Durchstreichung auf dem vorliegenden Wechsel erkennbar geschehen ist.

Die Wechselklage des Trassanten gegen den Acceptanten ist die directe Wechselklage, nicht eine Wechselregreßklage, welche nie gegen den Acceptanten als solchen, sondern stets nur gegen einen Trassanten oder Indossanten, Seitens ihrer Nachmänner möglich ist. Bleibt nach Durchstreichung eines letzten Vollindossaments nur noch ein einziges Giro übrig, und ist dies ein Blancoindossament, und zwar das eigene des klagend aufgetretenen Trassanten, so kann die Klage aus dem Grunde nicht verworfen werden, „daß, dadurch das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel auf „den Indossatar über-, mithin dem Indossanten verloren gehen „(Art. 10. der A. D. W.-O.) der Kläger nicht mehr zur Geltend-„machung des Wechsels legitimirt erscheine, indem als legitimirt „nur derjenige angesehen werden könne, welcher durch eine zu-„sammenhängende Reihe von Indossamenten sich als Eigenthümer „ausweis't (Art. 36. cit.)" Denn das Blancoindossament ist seiner ganzen Natur nach — vgl. Art. 12 der A. D. W.-O. — ein Indossament auf den Inhaber, dieser ist als solcher befugt,

Digitized by Google

die Rechte aus dem Wechsel geltend zu machen. Hieran kann es daher auch nichts ändern, wenn der Blancoindossant selbst es ist, der den Wechsel in Händen hat. Denn wenn er auch laut des Blancoindossamentes den Wechsel begeben hat, so ist dies doch eben, wie die Inhaberschaft ausweist, zu eignem Gunsten geschehen, — sei es, daß das Giro gar nicht durch Uebergabe des Wechsels realisirt worden ist, sei es, daß der Wechsel durch Einlösung zurückgekehrt ist. Wollte man diese Legitimation nicht anerkennen, so würde aus dem vollgiltigen Papiere überhaupt Niemand berechtigt d. h. der Wechsel unrealisirbar sein.

(Aus einem Urtheile des Oberappellationsgerichtes zu Jena vom 3. December 1872.)

7.

B. Entscheidungen des Handelsappellationsgerichts zu Augsburg.

Mitgetheilt von Herrn Ober-Staatsanwalt Küffner in München.

Handelsrecht.

Art. 250, 254 des H.-G.-Bs.

Der Antheil eines stillen Gesellschafters am Gewinne kann auch in einer fixen Rente bestehen.

Dieser Rechtsgrundsatz wurde mit Urtheil vom 1. Juni 1872 auf folgende Motive gestützt:

Die Fixirung des Antheils, welchen der stille Gesellschafter an dem Erträgnisse des betreffenden Handelsgewerbes zu beziehen hat, auf eine bestimmte Summe, nimmt diesem Bezuge keineswegs den Charakter eines Antheils am Gewinne.

Denn nach Art. 254 des H.-G.-Bs. entscheidet über die Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust freie Vereinbarung.

Die für die offene und die Commanditgesellschaft gegebene Bestimmung, wonach vor Deckung vierprocentiger Zinsen aus dem Einlagecapitale kein Gewinn vorhanden ist (Art. 106, Abs. 3, Art. 161, Abs. 1 des H.-G.-Bs.), findet auf die stille Gesellschaft keine Anwendung.

Digitized by Google

Abgesehen von positiven Bestimmungen aber erscheint als Gewinn eines Erwerbsgeschäftes der am Schlusse einer bestimmten Wirthschaftsperiode sich ergebende reine Ueberschuß, wie dies unter Anderem auch in den Artikeln 216 u. 217 des H.-G.-Bs. ausdrücklich anerkannt ist.

Der stille Gesellschafter nimmt daher Antheil am Gewinne, auch wenn ihm jährlich eine fixe Summe zugewiesen ist.

Umgekehrt schließt die in dem Vertrage vom 17. Juni 1867 enthaltene Zusicherung einer festen Rente die auf dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage beruhende seinerzeitige Beiziehung der L.'schen Erben zu der Tragung eines sich bei Beendigung der Gesellschaft an den Gesammteinlagen ergebenden Verlustes nicht aus.

Der Vertrag vom 17. Juni 1867 enthält sonach keine Bestimmung, welche mit dem Wesen der stillen Gesellschaft im Widerspruch stünde.*)

8.

Art. 338, 347, 349 des H.-G.-Bs.

Diese Gesetzesbestimmungen finden auf die Lieferung von Maschinen nicht ohne Weiteres Anwendung. Begriff der „Waare."

Hierüber spricht sich ein Urtheil vom 20. Juli 1872 folgendermaßen aus:

Sowohl Klage wie Widerklage stützen sich auf den Vertrag vom 30. März 1864, nach welchem sich die klagende Fabrik verbindlich machte, der beklagten Bindfadenfabrik zum Betriebe ihres Geschäftes Dampfmaschinen zu liefern und vollständig aufzustellen.

Forscht man nach der Natur des durch diesen Vertrag begründeten Rechtsgeschäftes, so kann darin hier nicht ein unter die Bestimmung des Art. 338 des H.-G.-Bs. fallender Kauf gefunden werden. Der fragliche Artikel stellt nur die Lieferung vertretbarer Sachen unter den Begriff des handelsrechtlichen Kaufes.

Denn wenn auch der Satz, daß die Lieferung von Maschinen überhaupt nicht unter Art. 338 des H.-G.-Bs. falle, nicht gebilligt

*) Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Urtheil des R.-O.-H.-Gs. vom 5. Febr. 1873 verworfen (Bd. IX, S. 37 der Samml. der bezügl. Entscheidungen. Erlangen bei Ferd. Enke).

Digitized by Google

werden kann, so ist es doch ebenso unrichtig, wenn behauptet werden wollte, daß jede Maschine eine vertretbare Sache sei. Es ist vielmehr in dem einzelnen Falle nach dem Objecte der Lieferung, nach Zweck und Ziel der Anschaffung und nach den speciellen Vertragsbestimmungen zu würdigen, ob man es mit Lieferung einer vertretbaren Sache zu thun habe. Wird nun in Betracht gezogen, daß man es bei der Maschinenlieferung im vorliegenden Falle mit zwei Maschinen von verhältnißmäßig bedeutender Leistungsfähigkeit zu thun hat, mit Maschinen, welche nicht in Vorrath gearbeitet auf den Markt gebracht und in den Handel gesetzt werden, — berücksichtigt man ferner, daß die beiden Maschinen für Verwendung in einem speciellen, nach seinem Betriebe ganz eigene Vorrichtungen erheischenden Fabriketablissement bestimmt waren, und gibt endlich der Vertrag selbst zu erkennen, daß nicht im Allgemeinen blos Motore von einer bestimmten Leistungsfähigkeit an Kraft bestellt wurden, sondern eine ganze Reihe specieller Constructionsvorrichtungen an den Maschinen selbst, von denen ein Theil sogar eingemauert werden sollte und welche einen besonderen Constructionsplan voraussetzten, unter den Vertragsbedingungen mit aufgenommen ist, so steht fest, daß es sich dermalen nicht um eine Lieferung vertretbarer Sachen handelt. Damit fällt auch die Annahme der Anwendbarkeit des Art. 338 des H.-G.-Bs. auf den vorliegenden Fall hinweg. (Vgl. auch Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts Bd. II, S. 287 ff. Erlangen bei Ferd. Enke.)

Wiewohl nach dem Erörterten die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches für den gegenwärtigen Fall sich nicht auf Grundlage des Art. 338 rechtfertigt, so ließe sich dieselbe doch nach einem anderen Gesichtspunkte vertreten.

Es ist nämlich unzweifelhaft, daß man es hier mit einer Handelssache zu thun habe. Nach Art. 1 des H.-G.-Bs. und Art. 2 des bayer. Einführungsgesetzes hierzu ist der Grundsatz aufgestellt, daß, soweit die Bestimmungen des Allg. D. H.-G.-Bs. reichen, andere Rechtsnormen in Handelssachen nicht zur Geltung kommen können. (Commentar von Anschütz u. Völderndorff zu Art. 1. Makower, Commentar zum H.-G.-B., Seite 27, Note 2b.)

Digitized by Google

Das Handelsgesetzbuch behandelt die Lehre vom Kaufe in einem eigenen Abschnitte (Art. 337—359). Berücksichtigt man nun, daß der hier vorliegende Werkverdingungsvertrag nach dem in J. geltenden gemeinen Rechte als Kauf aufgefaßt werden muß, weil auch der Stoff vom Lieferanten geliefert wurde (L. 65 de contr. emt. 18, 1; Seuffert, Pandekten § 333), so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß auch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in dem Abschnitte über den Kauf für Beurtheilung des vorliegenden Werkverdingungsvertrages in Anwendung gebracht werden müßten.

Mit dieser im Allgemeinen nicht zu beanstandenden Folgerung ist aber gerade für die Streitpunkte, wie solche hier der Entscheidung unterstellt sind, nichts erreicht; denn es fragt sich nicht darum, ob auf den vorwürfigen, allerdings als Kauf zu beurtheilenden Werkverdingungsvertrag überhaupt Bestimmungen des Handelsgesetzbuches aus dem Abschnitte vom Kaufe Anwendung finden können, sondern darum, ob gerade die Vorschriften der Art. 347 u. 349 für den concreten Fall maßgebend sind, insbesondere ob die darin enthaltenen Bestimmungen über Klagen- und Einredenverjährung zur Entscheidungsnorm dienen können.

Dieses ist aber zu verneinen.

Abgesehen davon, daß die in Art. 347 vorgesehene sofortige Untersuchung bei Gegenständen, welche durch einen Werkverdingungsvertrag zur Anschaffung kommen, meist schon der Natur der Sache nach etwas Unausführbares wäre und der Gesetzgeber die Anwendbarkeit dieses Artikels auf die Lieferung von größeren Maschinen, Fabrikeinrichtungen u. s. w., bei welchen die sichere Prüfung nach Umständen Monate lange Beobachtung erfordert, nicht beabsichtigt haben konnte, stehen beide Artikel in unmittelbarem Zusammenhange, und die in Art. 349 festgestellten kurzen Verjährungsfristen können nur bei den im Art. 347 behandelten Käufen in Geltung treten. Nun behandelt aber Art. 347 nur den Kauf von Waaren.

Unter Waare versteht man im Allgemeinen eine bewegliche Sache, welche in Vorrath und in gewissen Mengen zum Zwecke des Verkaufes auf den Markt gelangt. Der Begriff der Waare umfaßt zwar nicht blos vertretbare Sachen, sondern auch indivi-

Digitized by Google

duelle Gegenstände; allein nicht alles, was gekauft wird, ist schon deshalb Waare. Es fallen sicher nicht unter den Begriff der Waare alle jene Werke, welche auf Bestellung für den Betrieb eines bestimmten Gewerbes oder einer Fabrik gefertigt werden.

Diese schon in der Natur der Sache liegende Unterscheidung findet auch durch Art. 273 d. H.-G.-Bs. ihre Bestätigung, welcher Waaren und Betriebsmaterial ausscheidet, und wird dies auch in Theorie und Praxis festgehalten. (Makower a. a. O. S. 257, Note 20a; Entsch. des B.-O.-H.-Gs. Bd. I, S. 149.)

9.

Art. 355 des H.-G.-Bs.

Stillschweigender Verzicht des Käufers auf Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung durch unbeanstandete Annahme der Erfüllung.

Am 19. Mai 1871 schloß die Actiengesellschaft G. mit Wilhelm L. einen Vertrag ab, wonach Letzterer der Ersteren 48 Stück in England anzufertigende Webstühle käuflich zu liefern hatte.

Die Uebersendung sollte in Partieen von mindestens 12 Stück geschehen, die erste Sendung spätestens Ende Juni 1871 stattfinden, die gesammte Bestellung aber bis längstens Mitte August 1871 effectuirt sein.

Die Ablieferung begann jedoch erst im October 1871 und verzögerte sich bis in den Anfang von 1872.

Als die mechanische Weberei G. nach erfolgter Ablieferung bei dem Handelsgericht auf Zahlung des Kaufschillings-Restes belangt wurde, machte dieselbe compensationsweise einen Anspruch auf Ersatz des ihr in Folge der Verspätung der Lieferung in doppelter Hinsicht, nämlich durch Erhöhung der Fracht wegen Störung der Rheinschifffahrt und der hiernach nothwendig gewordenen Benutzung der Eisenbahn, dann durch Productionsversäumniß, zugegangenen Schadens geltend, welcher Einrede Kläger mit der Behauptung entgegentrat, daß die Beklagte die verspäteten Lieferungen vorbehaltlos angenommen habe.

Durch das erstrichterliche Urtheil wurde die Beklagte zum Beweise durch Eid darüber zugelassen, daß sie im September oder October dem Kläger gelegentlich dessen Anwesenheit in G. erklärte,

Digitized by Google

sie behalte sich die Geltendmachung der Ansprüche an ihn wegen Nichteinhaltung der in dem Lieferungsvertrage vom 19. Mai 1871 festgesetzten Lieferungszeiten bevor.

Auf Berufung des Klägers wurde jedoch durch Urtheil vom 7. December 1872 die sofortige Verurtheilung der Beklagten aus folgenden Erwägungen ausgesprochen:

Wählt der Käufer den ersten Weg des Art. 355 d. H.-G.-Bs., so enthält dieses keine directe Bestimmung darüber, daß, wann oder wie dem säumigen Verkäufer von der Wahl dieses Wegs Kenntniß zu geben sei. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, daß der Käufer gehalten sein muß, sich, wenn der im Verzuge befindliche Verkäufer nachträglich freiwillig erfüllt, ausdrücklich zu erklären, daß er sich mit dieser nachträglichen Erfüllung nicht begnüge, daß er sie nicht als gleichsam fehlerlos geschehen annehme. Unterläßt er eine solche Erinnerung, so wird sein Stillschweigen mit Recht dahin gedeutet, daß er mit der Erfüllung, wie sie ihm vom Verkäufer geboten wurde, also auch mit derselben hinsichtlich der Zeit einverstanden sei, daß er die Leistung, welche ihm vom Verkäufer in der Absicht, seine vertragsmäßige Verpflichtung zu tilgen, gemacht wurde, auch als vollständige Tilgung der Verbindlichkeit annehmen wolle.

Dieser Auffassung steht das Bedürfniß des Handelsverkehrs zur Seite, welches eine möglichst rasche Klarstellung aller dem Kaufmanne obliegenden Verbindlichkeiten erheischt, und es sohin nicht als zulässig erscheinen läßt, daß ein solcher erst dann, wenn er nach Ablauf einer längeren oder kürzeren Creditfrist die Befriedigung seines Guthabens verlangt, von dem Gegenbetheiligten mit der Nachricht überrascht wird, es sei dasselbe mittelst einer Gegenforderung auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung ganz oder größtentheils aufgehoben, oder daß, wenn von dem Verkäufer verzögerte Theillieferungen gemacht und diese von dem Käufer stets ohne Bemerkungen hingenommen wurden, jener erst noch zuletzt mit Schadensersatzansprüchen daraus bedroht und verfolgt werde. (Busch, Archiv XIII, S. 80; Samml. wichtiger Entscheidungen des k. bayr. H.-A.-Gs. Bd. III, S. 123.)

So hat sich denn auch sowohl in der Theorie wie in der Rechtsprechung der Grundsatz festgestellt, daß der Anspruch des

Digitized by Google

Käufers auf das Interesse wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung nur gleichzeitig mit dem Anspruche auf Erfüllung geltend gemacht werden kann, und daß es außerdem, wenn die Waare ohne gleichzeitige Erstattung des Schadens vom Käufer angenommen wird, zur Erhaltung des Interesseanspruchs eines unzweifelhaften Vorbehalts bedarf, welcher übrigens an keine bestimmte Form gebunden ist. (Vgl. „Verzug bei dem Kaufe", Abhandlung von Dr. Lamprecht in Lübeck, 1872, S. 81; Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. XIII, S. 169, 171; Samml. handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern, Bd. II, S. 357, 359; Samml. wichtiger Entscheidungen des k. bayer. H.-A.-Gs. Bd. I, S. 364, Bd. III, S. 132; Busch, Archiv XIII, S. 80, XV, S. 195, XXV, S. 54.)

Die Feststellung der Voraussetzung aber, ob ein solcher Vorbehalt gegeben sei oder nicht, ist mit besonderer Vorsicht zu bethätigen, indem hier das Verhalten des Käufers vom Standpunkte des Verzichtes aus beurtheilt werden muß.

Bei Beurtheilung eines Handelsgeschäfts, wie das vorliegende ist, und bei welchem sich Kaufleute höherer Ordnung als Contrahenten gegenüberstehen, kommt vor Allem die über Einleitung und Abwickelung des Geschäfts geführte kaufmännische Correspondenz in Betracht. Diese ganze Correspondenz wurde nun auch von Seite des Vertreters des Appellanten vorgelegt.

Aus derselben ist nun aber nicht im Entferntesten ersichtlich, daß von Seite der Beklagten, sei es vor Beginn der Theillieferungen, sei es bei dem successiven Empfange der Maschinen und den hiermit correspondirenden Empfangsanzeigen, irgend einmal ein Vorbehalt wegen nicht rechtzeitiger Lieferung gemacht wurde, vielmehr enthält ein Brief der Beklagten vom 18. November 1871 neben der Bestätigung des Empfanges der ersten acht Maschinen und neben dem Ausdrucke der Zufriedenheit mit denselben nicht nur keine Bemerkung über den verspäteten Empfang, sondern den dringenden Wunsch, daß an den noch weiter bestellten Maschinen, deren es noch 40 Stück waren, womöglich Constructionsänderungen vorgekehrt werden möchten, worauf von Seite des Klägers mit Brief vom 23. Nov. 1871 die sofort erfolgte telegraphische Mittheilung des fraglichen Wunsches an die Fabrik in England notificirt wurde.

Digitized by Google

Erst am 17. Februar 1872, nachdem die Lieferung der als bestellt angenommenen Maschinen schon am 26. Januar 1872 vollständig beendet war, erfolgte Seitens der Beklagten die erste Reclamation wegen verspäteter Lieferung.

Von Seite der Beklagten wurde aber in der Ueberzeugung, daß aus der Correspondenz ein Vorbehalt des Schadensersatzanspruchs nicht entnommen werden könnte, gar nicht auf die wechselseitige Correspondenz Bezug genommen, sondern lediglich behauptet, daß sie im September oder October 1871 dem Kläger gelegentlich der Anwesenheit desselben in G. erklärt habe, sie behalte sich die Geltendmachung der Ansprüche an ihn wegen Nichteinhaltung der im Lieferungsvertrage vom 19. Mai 1871 festgesetzten Lieferungszeiten bevor, beziehungsweise mache ihn, den Kläger, verantwortlich für allen ihr aus dieser Nichteinhaltung erwachsenen Schaden.

Diesem Vorbringen kann nun aber nach der Sachlage keine rechtliche Bedeutung zuerkannt werden. Dasselbe trägt nämlich schon vermöge seiner Unbestimmtheit in Betreff des Zeitpunktes, der handelnden Personen und der Modalitäten des Vorbehaltes den Stempel des Mangels der Ernstlichkeit an sich.

Es ist geradezu undenkbar und widerspricht dem kaufmännischen Verkehre unbedingt, daß, wenn von Seite der Beklagten mit dem Willen und der Absicht, daraufhin künftige Ansprüche zu gründen, ein Vorbehalt wegen Nichteinhaltung der Lieferzeit wirklich gemacht worden wäre, über Vornahme dieses Actes, von dessen Existenz die rechtliche Zulässigkeit eines so bedeutenden Forderungsanspruchs bedingt ist, nichts Näheres angegeben werden könnte, als daß im Monate September oder October 1871 nur gelegentlich eines Besuches des Klägers eine auf einen Vorbehalt hindeutende Aeußerung gemacht wurde, und daß der Vertreter der Beklagten auf Befragen nicht einmal mit Sicherheit angeben könnte, von wem der angebliche Vorbehalt ausgesprochen wurde, und ob sich derselbe auch auf die beiden Richtungen des nun beanspruchten Ersatzes, nämlich auf erhöhte Fracht und Productionsentgang, bezogen habe.

Von wesentlichem Belange ist übrigens auch, daß die Beklagte geltend zu machen suchte, ein förmlicher Vorbehalt eines

Digitized by Google

Schadensersatzanspruchs vor Vollendung der Lieferung aller Webstühle hätte für sie das Bedenkliche gehabt, daß in Folge eines solchen Vorbehaltes der Kläger sich möglicher Weise hätte veranlaßt finden können, die Weiterlieferung ganz einzustellen. Gerade aus diesem Vorbringen geht aber hervor, daß sich Käuferin die verspätete Lieferung gefallen ließ, und daß sie schwieg, weil sie es für vortheilhafter hielt, wegen der Verzögerung keine Ansprüche zu erheben.

Jedenfalls giebt dieses Vorbringen zu erkennen, daß die Beklagte einer etwaigen gelegentlichen Aeußerung im Monate September oder October 1871 selbst nicht die Tragweite eines Vorbehalts mit der Rechtswirkung, hierauf nächträglich Ersatzansprüche bauen zu können, beigelegt hat.

Hierzu kommt weiter, daß es in dem eigentlichen kaufmännischen Verkehre als constante Uebung festgehalten wird, daß jede mündliche Abmachung und jede mündliche Erklärung, welche geeignet ist, Rechte zu begründen oder Verbindlichkeiten zu lösen, wenn auch nicht immer sofort, so doch spätestens in der nächsten Correspondenz schriftlich fixirt oder doch erwähnt wird.

Nun steht aber fest, daß zwischen den beiden Streitstheilen in den letzten vier Monaten des Jahres 1871 und auch Anfang des Jahres 1872 eine lebhafte geschäftliche Correspondenz und zwar vorwiegend auf das betreffende Lieferungsgeschäft bezüglich stattfand, daß aber kein Brief angeführt oder vorgelegt werden konnte, welcher auch nur andeutungsweise auf einen mündlich erklärten Vorbehalt hinwies.

Berücksichtigt man ferner, daß die Lieferung in sechs gesonderten Abtheilungen und Zeitpunkten erfolgte, daß bei allen, und zwar schon bei der ersten, die durch den Transport per Bahn erhöhte Fracht erwachsen ist, diese Fracht sofort von der Beklagten zu berichtigen war, und daher bei der Empfangnahme jeder Theillieferung die unmittelbarste Veranlassung für die Beklagte vorlag, wenigstens wegen der Frachtmehrung zu reclamiren, allein jeder Vorbehalt selbst in dieser Richtung unterblieben ist; beachtet man endlich, daß die Beklagte unter der dem Lieferungsvertrage widersprechenden Behauptung, es seien nur 42 Webstühle bestellt worden, die letzte Lieferung nicht mehr annahm, sondern zur Disposition

Digitized by Google

stellte, trotzdem aber bei der Schadensberechnung diese letzte Sendung hereinzieht, und daß von der Beklagten ausweislich des unbeanstandet gebliebenen Contocorrents noch am 6. Juli 1872 vorbehaltlos eine Zahlung am Kaufpreise für die Maschinen im Betrage von 450 fl. erfolgte, obwohl der nunmehr berechnete Schaden die Forderung des Klägers um mehr als diese Summe übersteigt, so kann auch dem angeblichen nur mündlich und gesprächsweise gemachten Vorbehalte durchaus keine rechtliche Wirkung zuerkannt werden.

10.

Art. 376 des H.-G.-Bs.

Propregeschäft des Commissionärs. Anfechtung einer anerkannten Rechnung aus dem Gesichtspunkte des Betruges.

Hierüber wird einem Urtheile vom 22. Juni 1872 entnommen:

Nach der von dem Beklagten ausdrücklich abgegebenen Erklärung waren die Geschäfte, bei welchen Kläger sich eines Betruges schuldig gemacht haben sollen, auf Seite der Letzteren durchgängig s. g. Propregeschäfte.

Nun ist zwar nach Art. 376 des H.-G.-Bs. der Commissionär, welcher das einzukaufende oder das zu verkaufende Gut selbst als Verkäufer liefern oder als Käufer behalten will, verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung bestehenden Börsenpreis zu Grunde zu legen, und ferner ist der Committent berechtigt, den Zeitpunkt der ihm gemachten Anzeige als den Zeitpunkt der Perfection des Handels zu betrachten. (Seuffert, Archiv, Bd. 20, Nr. 57.) Allein hiermit sind nur Directiven für die Beantwortung der Frage gegeben, inwiefern der Committent das ihm angezeigte Geschäft als gegen sich wirksam anerkennen müsse.

Auf diese Frage kommt es aber gegenüber den anerkannten und ohne Protest von Seite des Committenten berichtigten Rechnungen nicht mehr an.

Dagegen ist in der Ansetzung ungünstigerer Curse als der zur Zeit der Ausführung des Geschäftes als Propregeschäft durch den Committenten bestehenden Börsencurse ohne den Hinzutritt einer — hier nicht behaupteten — besonderen Vorspiegelung

Digitized by Google

keine auf Täuschung des Committenten gerichtete Handlung des Commissionärs enthalten, wie solche für das Wesen eines Betruges erforderlich ist.

11.

C. Entscheidungen des Obergerichts zu Bremen.

Mitgetheilt von Herrn Dr. Lamprecht in Lübeck.

Art. 347, al. **1, 3; Art. 348,** al. **2. des H.-G.-Bs.**

Fall der Versendung einer Quantität Export-Bieres von Bremen nach New-Orleans. Verpflichtung des Empfängers einer übersandten Waare zu sofortiger Untersuchung bez. Anzeige, wenn sich contractwidrige Mängel ergeben. Keine Befreiung von dieser Verpflichtung durch eine nach Art. 348, al. 2 später vorzunehmende Untersuchung durch Sachverständige. Nichterkennbarkeit behaupteter schlechter Beschaffenheit der Waare bei einer sofortigen Untersuchung als ein derselben bleibend innewohnender Mangel: alsdann Beweispflicht des Käufers und Berücksichtigung nur derjenigen Mängel, welche bei sofortiger Untersuchung nicht erkennbar waren. In diesem Falle Rechtzeitigkeit auch der späteren Anzeige, (hier nach Ablauf eines Monats, nachdem das Bier von den nachtheiligen Einwirkungen der Seereise wieder frei geworden.) — Der Verkäufer, welcher bei Absendung der Waare deren vertragswidrige Beschaffenheit kennt, und dennoch den Kaufpreis von dem Käufer im Voraus sich bezahlen läßt, handelt gegen den guten Glauben. Dagegen kann eine bloße Voraussicht, die Waare werde den Einwirkungen der Reise nicht soweit widerstehen können, um in gutem Zustande anzulangen, nicht als Arglist gelten.

Entscheidung des Obergerichts zu Bremen, von 12 Febr. 1874 i. S. Otto H. Ka. ca. die Erste Norddeutsche Ale- und Porter-Brauerei zu Bremen.

Der in New-Orleans wohnhafte Kläger verlangt mit der Klage Rückzahlung des von ihm im Voraus geleisteten Kaufpreises für ihm von der Beklagten verkaufte und in den Schiffen Uhland

Digitized by Google

und Alma zugesandte 644 Faß Exportbier (Ale), sowie Ersatz der Schiffsfracht und weiterer Unkosten, weil das bei ihm eingetroffene Bier trübe, matt und von außerordentlich bitterem Geschmack und starker Säure und deshalb nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit, auch in zu schwachen Fässern verpackt gewesen sei, weshalb er dasselbe sofort zur Verfügung gestellt habe.

Das Handelsgericht hat dem Kläger den Beweis der behaupteten Mangelhaftigkeit des Bieres zur Zeit der Ankunft in New-Orleans und daneben alternativ die rechtzeitige Untersuchung der Waare und Anzeige der Mängel oder die klägerischerseits behauptete Kenntniß dieser Mängel bei der Beklagten zur Zeit der Absendung dem Kläger zum Beweise verstellt.

Gegen dieses Interlocut ist von beiden Theilen appellirt, wobei die Formalien des Rechtsmittels beiderseitig gewahrt sind.

Der Kläger forderte in seinen Beschwerden

a) die sofortige Verurtheilung der Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte (grav. 1.) und event.

b) eine andere Vertheilung der Beweislast, beziehungsweise anderweitige Fassung der Beweissätze (grav. 2—7), wogegen der Beklagte,

c) die Klage wegen verspäteter Anzeige der Mängel gänzlich abgewiesen (grav. 1.) und

d) die auf einen dolus der Beklagten gestützte Klage als nicht substantiirt verworfen wissen will. (grav. 2.)

Von diesen Beschwerden ergiebt sich die erste klägerische auf Verurtheilung der Beklagten gerichtete ohne Weiteres als grundlos. Zwar ist nicht streitig, daß die Beklagte zufolge der von ihr für die Haltbarkeit des Biers übernommenen Garantie für dessen vertragsmäßige Beschaffenheit zur Zeit der Ankunft in Amerika einzustehen hatte, noch auch, daß, wenn damals das Getränk die in der Klage behauptete mangelhafte Beschaffenheit gehabt hätte, der Kläger dasselbe anzunehmen nicht verpflichtet gewesen wäre. Die Beklagte hat aber das Vorhandensein der Mängel durchaus bestritten und behauptet, das fragliche Bier sei gut gewesen, auch hätten andere gleichzeitige Sendungen nach New-Orleans vom nämlichen Brau keinerlei Beanstandung gefunden, und seien die hier zurückbehaltenen Proben noch jetzt in vollständig gutem Zustande;

Digitized by Google

dieser beklagtischen Behauptung der Erfüllung gegenüber kann selbstverständlich nicht von einer sofortigen Verurtheilung der Beklagten die Rede sein. Hinsichtlich der Untersuchung der Waare beim Empfang und der Anzeige ihrer Beanstandung seitens des Klägers ist mit dem Handelsgerichte aus den von diesem angeführten Gründen das hiesige Recht der Entscheidung zu Grunde zu legen. Darnach hatte der Kläger bei Vermeidung, daß er als die ihm gemachten Sendungen genehmigend angesehen werde, ohne Verzug das Bier zu untersuchen und von der etwaigen Nichtvertragsmäßigkeit sofort der Verkäuferin Anzeige zu machen. Beides behauptet der Kläger gethan zu haben, während die Beklagte sowohl die Rechtzeitigkeit der Untersuchung als auch eine sofortige Anzeige bestreitet. In dieser Hinsicht ist nun bezüglich der Untersuchung des Biers von dem Kläger ganz und gar nicht angegeben ob und wann von ihm eine solche vorgenommen ist, und in welchem Zeitpunkt er zufolge einer eigenen Untersuchung die Kenntniß der fraglichen Mängel erlangt hat. Die Beklagte glaubt zwar seine Angabe in der Klage, wonach sich die Mängel bei Ankunft des Bieres in New-Orleans herausgestellt haben sollen, dahin verstehen zu können, daß der Kläger gleich nach Entlöschung der Waare aus den Schiffen, also nach Klägers eignen Behauptungen schon um Ende December 1872 oder Anfangs Januar 1873 die Mängel in Erfahrung gebracht habe. Allein es muß jedenfalls im Beihalte der Anführungen in der Replick bedenklich erscheinen, jenen Worten „bei Ankunft in New-Orleans" die Deutung zu geben, als habe damit der Zeitpunkt der Ankunft im Gegensatze zu einem späteren hervorgehoben werden und nicht vielmehr im Gegensatze der Zeit der Absendung lediglich gesagt sein sollen, daß die angekommene Waare in New-Orleans sich so, wie behauptet, herausgestellt habe. Wenn man aber auch nicht den fraglichen Worten den von der Beklagten gegebenen Sinne beilegt, daß der Kläger gleich bei Empfang des Bieres dessen Mangelhaftigkeit wahrgenommen habe, so steht doch Kläger für die hier erörterte Frage rechtzeitiger Untersuchung dadurch nicht günstiger. Denn es ist seine, des Käufers, Sache, die ihm nach Art. 347 Abs. 1 des H.-G.-Bs. obliegende Pflicht rechtzeitiger Prüfung als erfüllt nachzuweisen, um dem gesetzlichen Präjudiz der

Digitized by Google

Genehmigung nicht zu unterliegen. Behauptungen, welche zu diesem Nachweise führen könnten, hat er aber gar nicht aufgestellt. Er hat sich vielmehr mit der Angabe begnügt, daß er bei dem deutschen Consul eine Benennung von Sachverständigen zur Prüfung des Bieres veranlaßt habe, und daß diese ausweislich ihres Gutachtens ihre Untersuchung etwa um einen Monat verzögert hätten, um den Absendern des Bieres gerecht zu sein (in order to do justice to shippers), damit das Bier von der nachtheiligen Einwirkung der Seereise vorab wieder frei geworden sei.

Diese zur Feststellung des Zustandes des Bieres von den Sachverständigen für zweckmäßig erachtete Hinausschiebung ihrer Prüfung rechtfertigt aber die Unterlassung der Untersuchung nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange nicht vor Ablauf einer so langen Frist wie die Sachverständigen grade zu Gunsten des Versenders haben verstreichen lassen, thunlich gewesen sei. Vielmehr ist, was auch das Handelsgericht in seinen Entscheidungsgründen ausgesprochen hat, die erste nach Ablauf eines Monats vorgenommene Untersuchung und Prüfung eines Stoffes, der sehr leicht untersucht werden kann, an und für sich als eine verspätete im Sinne des Art. 347 Abs. 1 cit. zu erachten. Es ist aber auch nicht anzunehmen oder auch nur behauptet, daß nach den Regeln des Geschäftsgangs der Empfänger von Deutschland importirtes Bier erst so spät zu untersuchen oder daß der Kläger die fraglichen Sendungen erst um Ende Januar untersucht habe. Vielmehr gewinnt es den Anschein, als ob der Kläger gerade deshalb, weil sich Mängel der Waare ihm ergeben hatten, eine Feststellung derselben durch Sachverständige veranlaßte. Diese ihm nach Art. 348 Abs. 2 des H.-G.-Bs. zustehende Berechtigung überhob ihn aber nicht der in Art. 347 Abs. 1 cit., vorgeschriebenen Pflicht sofortiger Anzeige einer bei der von ihm vorzunehmenden Untersuchung der Waare entdeckten Nichtvertragsmäßigkeit des Bieres.

Allerdings ist es zweifelhaft nach den Angaben der Parteien, ob die vom Kläger behauptete schlechte Beschaffenheit des Bieres als ein diesem bleibend innewohnender Mangel bei einer sofortigen Untersuchung zu erkennen war oder nicht.

Auf Grund der vorübergehenden Einwirkungen der Seereise

Digitized by Google

auf den Stoff behauptet der Kläger mit Hinweis auf das Gutachten der Sachverständigen, daß dieses nicht der Fall sei, indem erst nach Ablauf einiger Zeit die Wirkungen der Reise wieder aufgehoben wären. Allein diese Thatsache vorausgesetzt, folgt doch nur, daß der Kläger (Käufer) nur mit denjenigen Mängeln des Bieres später zu hören ist, welche als solche erst nachträglich erkennbar waren. Dies führt im vorliegenden Falle dahin, daß nicht nur der Kläger betreffs der mangelhaften Beschaffenheit des Bieres beweispflichtig ist, weil er zunächst als die Waare genehmigend gelten muß, während ohne diese Voraussetzung bei rechtzeitiger Untersuchung und Anzeige allerdings in Uebereinstimmung mit des Klägers fünfter Beschwerde der Verkäufer beweispflichtig sein würde, zumal dieser es an einer Feststellung des Zustandes der Waare durch Sachverständige nicht hat fehlen lassen (cf. Neues Archiv für Hand.-R. Bd. 4. p. 64 ff.) sondern auch, daß Kläger überhaupt nur noch mit seiner Bemängelung zu hören ist, wenn er nachweist, daß die eine vertragswidrige Beschaffenheit des Bieres constituirenden Mängel als solche bei sofortiger Untersuchung nicht erkennbar waren. Inwieweit dafür das vom Kläger in Bezug genommene Gutachten beweiskräftig ist, wird erst demnächst in der Beweisinstanz zu prüfen sein.

Ließen sich aber die Mängel des Bieres als solche erst später entdecken, so ist die nach der Beklagten Angabe ihr am 21. Februar gemachte Mittheilung derselben, welche dem Kläger erst durch das Ergebniß der Prüfung der Sachverständigen bekannt wurden, als eine nach Art. 347 Abs. 3 cit. ohne Verzug gemacht zu erachten, und muß auch darin dem Gerichte a quo beigetreten werden, daß die Anzeige der, der Beklagten als Agentin des Klägers bekannten Firma Kaiser & Co. dazu ausreichte.

Hiernach ergeben sich die zweite und dritte Beschwerde des Klägers, wonach die Beklagte für die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare bei Ankunft in New-Orleans für beweispflichtig zu erkennen sei, als grundlos. Ebenso die vierte und fünfte Beschwerde, wonach für den Fall der vom Kläger zu beweisenden Rechtzeitigkeit der Untersuchung und sofortigen Anzeige der Mängel, die Beklagte jene Beweiskraft treffen müsse. Es ist schon oben bemerkt, daß unter Zugrundelegung einer rechtzeitigen Untersuchung

Digitized by Google

des Bieres ꝛc. durch den Kläger, welche in der sententia a qua zum Beweise verstellt ist, allerdings dieser fünften Beschwerde stattzugeben wäre, daß eine rechtzeitige Untersuchung des Bieres durch den Kläger und eine daran geschlossene sofortige Anzeige der Mängel an die Beklagte aber überhaupt nicht mehr zum Beweise nachzulassen war. Wenn der Kläger in der sechsten Beschwerde sich den Nachweis freigelassen sehen will, daß bei Ankunft des Bieres in Amerika dessen Mängel als solche bei einer sofortigen Untersuchung nicht erkennbar waren, so ist dieselbe als begründet zu achten, in dem wie gezeigt, gerade dieser Sachverhalt, aber auch dieser allein, als Grundlage der Klage — von einem dolus der Beklagten hier abgesehen — zum Beweise zu verstellen ist.

Die erste Beschwerde des Beklagten ist insoweit unbegründet, als sie sofortige Abweisung der Klage verlangt wegen verspäteter Anzeige der Mängel, dagegen ist sie nach Obigem in dem Umfange begründet, als der Kläger mit der Geltendmachung bei unverzüglicher Untersuchung erkennbar gewesener Mängel nicht mehr zu hören ist.

Es ist sodann noch von beiden Theilen gegen die in deciso b Abs. 2 enthaltene Beweisauflage gravaminirt, und zwar von der Beklagten, weil in einer Kenntniß der gerügten Mängel ihrerseits bei Absendung der Waare ein dolus nicht zu befinden sein würde, wogegen der Kläger den Beweissatz dahin normirt haben will, daß die Beklagte bei Absendung der Biere gewußt habe, dieselben hätten nicht die für Exportbier erforderlichen Eigenschaften, um in New-Orleans gut anzukommen.

Der Beklagten ist aber nicht zuzustimmen. Kannte sie bei Absendung der Waare deren vertragswidrige Eigenschaft und ließ nichts destoweniger den Kaufpreis von dem Käufer im Voraus mittelst Wechselaccepte sich bezahlen, so handelte sie gegen den guten Glauben und versetzte den Kläger wissentlich in den Irrthum, als habe sie ihrerseits die zur Erfüllung des Vertrags vorzunehmende Leistung vollzogen.

Dagegen ist aber auch eine wirkliche Wissenschaft der Beklagten von der mangelhaften oder vertragswidrigen Beschaffenheit des Bieres bei dessen Absendung nachzuweisen, indem eine bloße

Digitized by Google

Voraussicht, das Bier werde sich nicht halten, als eine Arglist der Beklagten nicht schon gelten kann. Einerseits ist es an sich unwahrscheinlich, daß gutes fehlerfreies Bier unter der Garantie der Haltbarkeit über See sollte geschickt sein an den Kläger mit der Gewißheit, es werde sich nicht halten. Sodann aber fehlt es auch vollständig an der Angabe objectiver Merkmale, aus denen die Beklagte diese Gewißheit sollte abgenommen haben oder haben abnehmen müssen, während doch gerade nur aus dem Vorhandensein solcher sicherer Anzeichen, nicht aber schon aus dem mehr oder minder starken subjectiven Besorgnisse auf einen dolus der Beklagten bei Absendung der 644 Faß könnte geschlossen werden. Auch die siebente Beschwerde des Klägers ist demnach unbegründet.

12.

Art. 634, 513 des H.-G.-Bs.

Klage auf Rückzahlung von Frachtvorschüssen. Genügt hierzu die bloße Behauptung der Klage, daß die Vorschüsse geleistet worden, und das Schiff im Nothhafen verkauft worden sei, oder bedarf es der Behauptung, daß das Schiff keine Fracht verdient habe? Condictio causa data, causa non secuta. Controverse über die Grundlage derselben. Clausel der Charter: Cash for Ships ordinary disbursement in Jamaica to be advanced by Charterers, subject to interest at 6 per cent p. a. and insurance. Pflichten des Schiffers nach Art. 634 des H.-G.-Bs. Keine besondere Vergütung für die gehörige Erfüllung derselben. Condictio indebiti. Liquidität. Verpflichtung des Schiffers, Alles was er von Befrachter, Ablader oder Ladungsempfänger außer der Fracht als Belohnung oder Entschädigung erhält, dem Rheder als Einnahme in Rechnung zu stellen, auch das nach der Reise empfangene.

Entscheidung des Obergerichts zu Bremen vom 23. April 1874 i. S. Ebbecke ca. Beling & Lamotte.

Am 18. April 1872 schlossen hierselbst die Parteien den in

Digitized by Google

englischer Sprache abgefaßten Frachtvertrag, wonach das den Beklagten gehörende deutsche Schiff Emil nach Jamaica segeln und von dort eine Ladung Blauholz für den Kläger nach Europa bringen sollte. Die Fracht sollte bei Löschung und ordnungsmäßiger Auslieferung der Ladung bezahlt werden. Nach einigen weiteren Bestimmungen heißt es daselbst: „Cash for Ships ordinary disbursements in Jamaica to be advanced by charterers, subject to interest at 6 per cent p. a. and insurance not exceeding £ 100."

Dem Schiffer sind darauf vom Kläger in Jamaica Vorschüsse im Gesammtbetrage von 181 £ 11 S. 8 Pfg. gemacht, deren Rückforderung nebst Zinsen und Assecuranzprämien den ersten Theil der Klage bildet. Eine Empfangsbescheinigung des Capitäns liegt in Abschrift nur über eine Zahlung ad 12 £ (die letzte) vor, worin es heißt: „amount to be deducted from the freight per „Emil" at the port of discharge."

Das Schiff Emil nahm in Jamaica die Ladung ein, versegelte damit am 30. September, lief sodann in Folge von Havarie nach einer Fahrt von 3 bis 4 Wochen Charleston als Nothhafen an, wo es als reparaturunwürdig am 6. December condemnirt wurde.

In Folge Einverständnisses der Parteien und der Versicherer wurde die Ladung mit einem anderen Schiffe für Gefahr der Versicherer nach New-York gebracht und dort als in einem Nothhafen für Assecuradeurs Rechnung verkauft. Ueber die daselbst bezahlte Fracht liegen keine Angaben vor. Die Dispache über den Schaden auf die Ladung und den Vorschuß pr. Emil ist dann hier aufgemacht.

In der zu Charleston bei Trennung von Schiff und Ladung erfolgten Dispachirung der gemeinschaftlichen Schäden in Havariegrosse wurde Fracht nicht berücksichtigt, vielmehr als total verloren angenommen, mit dem Bemerken voyage abandoned, die bis zur Zeit des Abandons (6. Decbr.) aufgelaufenen Unterhaltungskosten und Heuer des Capitäns (für 44 Tage) sind mit zusammen 130 $ 78 in der Generaldispache verrechnet.

Aus dem Verkaufe des Schiffes verblieb den Beklagten ein Nettoprovenue von $ 2373. 69.

Digitized by Google

Bei Auslieferung des Blauholzes zur Verladung nach New-York im Februar 1873 liquidirte der Capitän des Emil für seine Bemühungen zu Gunsten der Ladung gegenüber den dortigen Vertretern des Klägers J. A. Enslow & Co. für den Zeitraum vom 6. Decbr. bis 19. Februar (75 Tage) ℔ 357. welche ihm ausbezahlt wurden.

Die Rückforderung dieses Postens bildet den zweiten Klaganspruch.

Bei Beurtheilung des Rechtsstreits ist mit dem Handelsgericht davon auszugehen, daß der hierselbst über das deutsche Schiff qu. unter Anwesenden abgeschlossene Frachtvertrag nach deutschem Rechte zu beurtheilen ist.

I. Das vorige Gericht hat die Rückforderung der Vorschüsse auf Grund der Art. 496 u. 497 des H.-G.-Bs., wonach außerhalb des Heimathhafens der Schiffer die für das Schiff und die Reise erforderlichen Geschäfte unter Umständen auch Darlehen ꝛc. für den Rheder abschließen darf, für begründet und liquide erkannt.

Ebenso liegt der Vertheidigung der Beklagten die Voraussetzung zu Grunde, daß, abgesehen von der Einrede aus der Chartepartie, auf welche zurückzukommen ist, der Klaganspruch begründet und liquide sei, wie dies auch in der zweiten Beschwerde verbis: „und den Vorschuß zurückzuzahlen hatten" sich ausgesprochen findet. Die Klage ist gerichtet auf Rückzahlung von Frachtvorschüssen. Daß die ganz oder theilweise im Voraus bezahlte Fracht nach Aufhebung des Frachtvertrages durch den Verlust des Schiffes zurückgefordert werden kann, leidet keinen Zweifel. (Vergl. l. 15, § 6. Dig. loc. cond. 19. 2. (quum vehendi functus non sit) Entschgr. des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburger Rechtssachen, Bd. 2, S. 389). Fraglich dagegen könnte sein, ob die bloße Behauptung der Klage, daß jene Vorschüsse geleistet und das Schiff im Nothhafen verkauft sei, zur Rückforderung der Gelder genüge, oder ob es nicht dazu der Behauptung und näheren Darlegung bedurfte, daß das Schiff, welches unbestritten seine Reise angetreten hat, keine Fracht verdient habe.

Sofern die Klage als eine condictio causa data causa non secuta aufzufassen, ist es bekanntlich controvers, ob zur Fundirung derselben nicht der Kläger auch den Nichteintritt der causa

Digitized by Google

zu behaupten und zu beweisen habe. (Vergl. Arndt's Pand. § 342, Note 3 und die dort citirten Schriftsteller). Müßte man dieser Ansicht folgen und nicht vielmehr die insbesondere von Windscheidt (Voraussetzung p. 189 bis 191) und Bähr (Anerkennung p. 64 ff.) vertheidigte entgegengesetzte Lehre für die richtige halten, so würde sich fragen, ob von dem Kläger genügend behauptet worden, daß die Frachtforderung nicht existent geworden sei.

In dieser Hinsicht kommt nicht in Betracht die mit der Klage eingereichte, nach amerikanischem Rechte aufgemachte Generaldispache, in welcher es heißt: Freight-Nothing, Totally lost, voyage abandoned. Denn einmal wohnt derselben ersichtlicher Maßen keine bindende Kraft für das fragliche Rechtsverhältniß der Parteien bei, wie es der Fall ist, betreffs der Verpflichtung des Versicherers bezüglich der Beiträge zur Havariegrosse (vergl. Art. 839, 841 des H.-G.-Bs. und § 9 der Brem. Vers.-Bedg.) und andererseits erhellt nicht einmal, ob die Uebereinkunft der Parteien, wonach die Beklagten von der ihnen als Rhedern nach amerikanischem Rechte obliegenden Verpflichtung, die Ladung zum Bestimmungsorte weiter zu befördern (cf. Kierulff, Entsch. Bd. 5, p. 102 ff.) entbunden wurden, indem man sich vereinigt hatte, das Holz nach New-York zu schicken, dem Dispacheur in Charleston bei Aufstellung der Dispache, worin er wegen Abandons der Reise die Fracht als total verloren annahm, bekannt war. Nach dem maßgebenden Deutschen Rechte aber würde aus den obwaltenden Umständen ein Totalverlust der Fracht nicht eo ipso folgen. (Art. 632 des H.-G.-Bs.). Nichts destoweniger braucht jedoch auf die Controverse über die Grundlage der fraglichen Condiction deshalb hier nicht näher eingegangen zu werden, weil die Beklagten ausdrücklich erklärt haben, sie wollten einen Anspruch auf Distanzfracht vorläufig, also in diesem Rechtsstreite, nicht geltend machen und deshalb bei diesem Processe davon auszugehen ist, es sei solche nicht verdient.

Die Beklagten bestreiten indeß die Verpflichtung zur Rückzahlung des Vorschusses auf Grund einer in der Charter enthaltenen Vertragsbestimmung. In dieser heißt es: „cash for ships ordinary disbursements in Jamaica to be advanced by charterers subject to interest at 6 per cent p. a. and

Digitized by Google

insurance." Nach dieser Bestimmung behaupten Beklagte, seien die Befrachter verpflichtet gewesen, den Frachtvorschuß in einer Weise zu versichern, daß derselbe für den Fall, daß die Rheder keine Fracht verdienen und daher an sich zur Rückzahlung des Frachtvorschusses verpflichtet sein würden, gedeckt sei, und daß ihr Interesse bei dieser Bestimmung der Charter und Aufnahme der Clausel in letztere eben nur darin bestanden habe, daß sie damit für den Fall des Verlustes der Fracht von der Rückzahlung des Vorschusses befreit würden. Beklagte behaupten ferner, daß vom Kläger in Wirklichkeit eine solche Versicherung auf den Frachtvorschuß genommen und er dadurch gedeckt sei. Diese letzte Behauptung würde, in Ermangelung einer besonderen vertragsmäßigen Festsetzung als exceptio e jure tertii nach Art. 809, 826 des H.-G.-Bs. die Beklagten gegen den wider sie erhobenen Anspruch nicht schützen. Es kommt daher darauf an, ob dem in der Charter gebrauchten Ausdrucke die demselben von den Beklagten beigelegte Bedeutung beizumessen ist. Das Handelsgericht hat den qu. Worten die Interpretation gegeben, daß damit nur eine Verpflichtung des Verfrachters zum Ersatz der Prämie der Versicherung des Vorschusses ausgesprochen sei, wie die zum Ersatz von sechs Procent Zinsen für denselben, daß also die Bestimmung lediglich zu Gunsten des Befrachters in die Chartepartie aufgenommen sei. Dieser Auslegung stehen indeß erhebliche Bedenken entgegen. Zu der Annahme, daß die Clausel nur im Interesse des Befrachters aufgenommen sei, berechtigt weder der Wortlaut, noch der Zusammenhang der Worte. Der Wortlaut nicht weil, daß die Prämie der Versicherung vergütet werden solle oder nur die Prämie in dem Ausdrucke an sich keineswegs liegt und um das auszudrücken andere Worte zu gebrauchen und naheliegend gewesen wären, der Zusammenhang nicht weil die Worte in unmittelbarer Verbindung mit einer vom Verfrachter für sich zu seinem Gunsten ausbedungenen Verpflichtung des Befrachters stehen. Wird in die Worte nicht etwas hineingelegt, was an sich nicht darin liegt, daß unter insurance zu verstehen sei praemium of insurance, so muß es als etwas ganz Sonderbares bezeichnet werden, daß ausdrücklich eine Verpflichtung des Charterers zu seinen eignen Gunsten eine Handlung vorzunehmen stipulirt sein sollte. Da-

Digitized by Google

gegen würde die Aufnahme der Bestimmung: „der Vorschuß ist vom Charterer zu leisten und zu versichern" einen vernünftigen Sinn haben, wenn damit hat ausgedrückt sein sollen, der Vorschußgeber muß den Vorschuß versichern, so daß im Falle des Verlustes der Fracht der Vorschußnehmer nicht in die Lage kommt, denselben zurückzuerstatten. Beklagte haben sich nun darauf besonders berufen, daß es üblich sei, einen Vorschuß in solcher Weise zu versichern und daß die Absicht und Meinung bei Aufnahme der fraglichen Clausel dahin gegangen sei. Ist usancemäßig dies wirklich die Bedeutung der Clausel, so wird den Beklagten mit Unrecht vom Handelsgerichte der Vorwurf gemacht, daß sie sich deutlich hätten ausdrücken müssen, kommen doch im Handelsverkehr häufig genug an sich undeutliche Clauseln zur wirksamen Begründung von Rechtsverhältnissen vor. Dafür, daß die Clausel „subject to insurance" in der Bedeutung gebraucht werde, daß damit die Verpflichtung des Befrachters zu Gunsten des Verfrachters zu versichern und die Befreiung des letzteren von einer eventuellen Rückgabe des Vorschusses ausgesprochen wird, spricht u. A. die Entscheidung des Hamburger Handelsgerichts. (Kierulff, Samml. Bd. III, S. 315 in fine). Da indeß das hiesige Handelsgericht, wenn schon es die Möglichkeit einer solchen Versicherung durch den Befrachter anerkannt, diese für eine sehr ungewöhnliche erklärt, das von den Beklagten in dieser Instanz Beigebrachte auch nicht bestimmt das Gegentheil darthut und die Bedeutung der Clausel an sich für vollkommen klar nicht zu halten ist, so wird es den Beklagten aufzugeben sein, den Beweis der von ihnen behaupteten usancemäßigen Bedeutung der gebrauchten Clausel oder Ausdrucksweise zu erbringen. — Es ist demnach der vierten Beschwerde der Beklagten insoweit zu entsprechen.

Selbstverständlich ist dabei übrigens, daß, wenn in Folge des durch die Beklagten hergestellten Beweises die Forderung des Klägers in diesem Processe, in welchem, wie oben bemerkt, nach den Erklärungen der Parteien davon auszugehen ist, daß keine Fracht verdient sei, abzuweisen, damit die Befugniß des Klägers, wenn eine Forderung auf Distanzfracht gegen ihn geltend gemacht werden sollte, den geleisteten Vorschuß in Rechnung zu bringen nicht alterirt würde.

Digitized by Google

II. In Betreff des zweiten Klaganspruchs ad $ 375 beschweren sich die Beklagten darüber, daß dieser Anspruch nicht als unbegründet abgewiesen oder doch dem Kläger der Beweis der Nichtschuld auferlegt sei, wogegen der Kläger die Adhäsionsbeschwerde aufgestellt hat, daß nicht die Beklagten sofort zur Zahlung der libellirten $ 375 nebst 6 Proc. Zinsen verurtheilt seien.

Für das Verlangen sofortiger Abweisung dieses Anspruches berufen die Appellanten sich darauf, daß es dem Kläger an der Legitimation zur Geltendmachung dieser Forderung fehle, und daß ein Delict des Capitäns Schulken darin, daß er sich diese Summe auszahlen ließ, nicht vorliege. Keiner dieser Gründe ist für triftig zu halten. Es ist nämlich unbestritten und geht aus der bei den Acten befindlichen Correspondenz deutlich hervor, daß der Capitän Schulken, nachdem der „Emil" nach Charleston gelangt war, durch die Befrachter im Einverständniß mit den Beklagten an J. A. Enslow & Co. daselbst und weiter an L. von Hofmann & Co. in New-York als die Vertreter der Befrachter verwiesen ist und daß dieselben in dieser ihrer Eigenschaft, also für die Befrachter und für deren Rechnung, dem Capitän Schulken den von ihm geforderten Betrag gezahlt haben, ein Rückforderungsrecht, wenn solches überhaupt begründet, also auch von dem Kläger als dem Mandanten von J. A. Enslow & Co. geltend zu machen ist. — Was den zweiten oben angeführten Grund anlangt, so ist die Klage darauf gestützt, daß durch eine Widerrechtlichkeit des Capitäns, für welche die Beklagten mit Schiff und Fracht haften, den Kläger der von seinem Bevollmächtigten gezahlte Betrag von $ 375 mit 6 Proc. Zinsen seit 6. März 1873 entzogen sei. Diese Widerrechtlichkeit des Capitäns ist nicht als ein Delict des Capitäns hingestellt, sondern als eine Vertragswidrigkeit desselben, welche dessen Rheder zum Ersatz des solchergestalt erhobenen Vertrags verpflichte. Hierin ist dem Kläger Recht zu geben. — Nach Art. 634 des H.-G.-Bs. liegt auch nach Auflösung des Frachtvertrages dem Schiffer die Verpflichtung ob, bei Abwesenheit der Betheiligten für das Beste der Ladung Sorge zu tragen, je nach den Umständen eine Weiterbeförderung oder Auflagerung zu bewirken. Diese dem Schiffer obliegende Verpflichtung ist nur die gesetzliche Folge des abgeschlossenen Fracht-

Digitized by Google

vertrages und die während der Dauer des Vertrages nach Art. 504—506 dem Schiffer obliegende Verpflichtung für das Beste der Ladung zu sorgen, ist durch die Bestimmung des Art. 634 nur ausgedehnt auf den Fall, daß durch den Verlust des Schiffes nach dem Antritt der Reise eine Endigung des Frachtvertrages herbeigeführt ist (Art. 630). Wie diese Sorge für das Beste der Ladung während der Reise zu den Obliegenheiten des Schiffers an sich gehört, ohne daß er dafür eine besondere nicht ausdrücklich ausbedungene Vergütung außer der Fracht in Anspruch zu nehmen hat, vielmehr die darauf verwendete Arbeit als mit der vereinbarten Fracht berechnet, resp. vergütet anzusehen ist (cf. Art. 622), so muß dasselbe auch von der nach Art. 634 (worin besonders auf Art. 504—506 verwiesen ist) nach Endigung des Vertrages als Folge desselben gesetzlich fortdauernden Verpflichtung gelten. In dem einen wie in dem anderen Falle ist der Capitän auf seine Heuer angewiesen, als die ihm zukommende Vergütung und für diese der Rheder ihm verantwortlich, nicht der Befrachter, während der Rheder seinerseits bei Abschluß der Charter und bei Bestimmung der Höhe der Fracht alle Eventualitäten in Betracht zu ziehen hat, welche das Geschäft für ihn zu einem günstigen oder ungünstigen zu gestalten geeignet sind. Hiernach mußte an sich der Capitän Schulken alle auf die Ladung verwendete Sorge übernehmen, ohne daß er dafür eine besondere Vergütung Seitens der Befrachter hätte beanspruchen können. That er letzteres dennoch, so war sein desfallsiger Anspruch ein ungerechtfertigter (— von besonderen Unkosten oder Verausgabungen ist hier nicht die Rede, sondern nur von einer Vergütung für seine persönlichen Dienstleistungen). Dieser Anspruch wurde zugleich unter Umständen geltend gemacht, daß Enslow & Co. sich demselben gar nicht entziehen konnten. Der Schiffer hatte die Befugniß, die Ladung zurückzuhalten bis alle Forderungen des Verfrachters an Fracht nebst allen Nebenkosten und Auslagen ihm erstattet oder sichergestellt waren (Art. 634, 615). Er hätte, um zu seiner geltend gemachten Forderung zu gelangen, sogar einen entsprechenden Theil der Ladung verkaufen können. Wollten die Vertreter der Befrachter es darauf nicht ankommen lassen, so mußten sie, wohl oder übel, für die

Digitized by Google

Befriedigung des Schiffers sorgen. Nun hätten allerdings Enslow & Co. unter Protest die Zahlung leisten können, allein aus dem Unterlassen einer solchen Maßregel kann eine den Kläger bindende Anerkennung der Forderung den Umständen nach nicht entnommen werden, vielmehr ist mit dem Handelsgerichte anzunehmen, daß Enslow & Co. in gutem Glauben und in Unkenntniß des deutschen Rechtes, welches den Capitän zu einer Forderung für seine Bemühungen im Interesse der Ladung nicht berechtigt, gezahlt haben, ein Irrthum, der als ein entschuldbarer angesehen werden muß (Entschgr. des Oberappellationsgerichts zu Bremen, Samml. III, S. 357), und den Kläger zur Rückforderung des solchergestalt indebite Gezahlten berechtigt. Als ein indebitum stellt sich die Forderung aber um deswillen schon jetzt liquide heraus, weil dieselbe nur geltend gemacht ist für besondere Bemühungen des Capitäns im Interesse der Ladung, nicht etwa für etwaige besondere Unkosten oder Auslagen, wie das schon die Berechnung von 5 $ per Tag ergiebt, bei welcher die Beklagten auch jetzt stehen geblieben sind, während es ihre Sache gewesen wäre, wollten sie andere Unkosten und nicht blos eine Vergütung für den Capitän als im Interesse der Ladung verwandt geltend machen, diese gehörig zu specificiren und zu liquidiren. Wie ihnen unzweifelhaft obgelegen hätte, wenn der Capitän einen Theil der Ladung zu seiner Deckung verkauft hätte, Rechnung über den Erlös abzulegen, so trifft dies ebenso zu, wenn statt dessen ein von den Befrachtern dem Capitän eröffneter Credit von ihm benutzt ist. Den Beklagten jetzt noch eine derartige Liquidation zu verstatten, wie das in dec. 2 des handelsgerichtlichen Erkenntnisses geschehen ist, wird deshalb unzulässig, weil, wie gesagt, Beklagte nie etwas anderes behauptet haben, als nur, daß für die Extra-Bemühung des Capitäns eine Extra-Vergütung von $ 5 per Tag zu fordern sei.

Nicht minder abwegig wie die Aufstellung der Beklagten, daß dem Schiffer für die Erfüllung der nach Art. 634 ihm obliegenden Verpflichtung Anspruch auf eine besondere Vergütung zustehe, ist aber auch die fernere, daß nur der Capitän persönlich für die Rückgabe der Vergütung, welche er für sich persönlich verlangt habe, verantwortlich sei. Nach Art. 634 im letzten Absatze

Digitized by Google

haftet der Rheder mit der fortune de mer für die Erfüllung der dem Schiffer obliegenden Verpflichtung. Indem der Capitän Schulken von dem Befrachter eine Zahlung für diese Leistungen in Anspruch nahm, that er dies nur als Vertreter der Rheder, in seiner Eigenschaft als Schiffer, als welchen er diesen verantwortlich und zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet war. Nach Art. 513 des H.-G.-Bs. muß der Schiffer Alles, was er vom Befrachter, Ablader oder Ladungsempfänger außer der Fracht als Belohnung oder Entschädigung, gleichviel unter welchem Namen erhält, dem Rheder als Einnahme in Rechnung stellen, auch das nach der Reise solchergestalt Empfangene. (Entschgr. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VI, S. 64.) Unter diese Einnahmen fällt unstreitig auch die für seine besonderen Bemühungen im Interesse der Ladung ihm gezahlte Extra-Vergütung, die mithin als für Rechnung der Rheder empfangen anzusehen ist und zu deren Rückgabe demnach auch die Rheder für verpflichtet zu erachten sind.

13.

D. Entscheidung des Appell.-Gerichts zu Mannheim.

Mitgetheilt von Herrn Kreisgerichtsrath **Heinsheimer** in Mannheim.

Francoclausel oder Haftung bis zum Bestimmungsort?

Die Bestimmung „franco X." genügt an sich noch nicht zur Annahme, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als Erfüllungsort gilt. — Der erkennbare Wille der Parteien kann aus der Geschäftscorrespondenz und insbesondere aus den bestandenen Beziehungen entnommen werden. — Eigenthümlichkeiten des Eishandels. Art. 345, Abs. 2 des H.-G.-Bs.

Die viel erörterte Frage über die Tragweite der Francoclausel dürfte sich selten in so schwieriger Weise, wie in dem nachstehend mitgetheilten Falle, aufgeworfen haben. Die Entscheidung war für die Gerichte durch den Umstand um so gewichtiger, weil der Ausspruch über die Zuständigkeit im Wesentlichen für die Entscheidung über die Hauptsache — Tragung des Schmelzverlustes — Norm geben dürfte.

Digitized by Google

Kläger, welcher 30 Doppelwaggons Eis, jeden mit ca. 200 Centnern, gekauft und Zahlung nach Empfang von je 6 Waggons versprochen hatte, behauptet, daß die ersten 12 Waggons statt 2400 Centnern, welche ihm mit Thlr. 1920 facturirt wurden, nur etwa 1700 Centner bei der Ankunft in Mannheim gehabt hätten, und verlangt, nachdem die Beklagte auf seine Weigerung, für mehr als das Ankunftsgewicht aufzukommen, den Vertrag für aufgehoben erklärt hatte, mit seiner Klage für die nicht gelieferten 700 + 3600 Centner Schadensersatz mit 15 Sgr. für den Centner. Beklagte schützte die proceßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Handelsgerichts Mannheim vor.

Das Weitere aus den Gründen des rechtskräftigen Urtheils des Appellationssenates Mannheim vom 20. April 1874 in Sachen Wanner gegen Roheisfabrik Barmen:

„Der zwischen beiden Theilen am 12. August v. J. abgeschlossene Vertrag besagt unter Ziffer 2:

„Die Barmer Roheisfabrik in Barmen verpflichtet sich, die von ihr direkt gekauften 30 Doppelwaggons Natureis, die ersten 15 Waggons à 24 Sgr franco Mannheim, die zweiten 15 Waggons à 25 Sgr. franco Mannheim täglich excluſive Sonn- und Feiertage einen Doppelwaggon mit circa 200 Zentner pünktlich zu effectuiren."

An diese Bestimmung knüpft sich nunmehr der Streit, ob, wie Kläger behauptet, Mannheim als der Erfüllungsort für die Lieferungspflicht des Verkäufers zu betrachten, somit das mit der Klage befaßte Handelsgericht Mannheim zuständig, oder ob nach der Vorschrift des Art. 324 Abs. 2 des H.-G.-Bs. der Ort der Handelsniederlassung, bezw. der Wohnort des Verkäufers, bez. der dritte Ort, an welchem sich die Waare zur Zeit des Abschlusses befand, als Erfüllungsort anzusehen, deshalb das hiesige Handelsgericht unzuständig sei.

Nach Art. 345. Abs. 2 hat der Verkäufer die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird, in dem Falle zu tragen, wenn er gemäß dem Vertrage die Waare an dem Ort, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, sodaß dieser Ort für ihn als der Ort der Erfüllung gilt. Gleichzeitig ist aber ausgesprochen, daß die Verlegung des Erfüllungsortes nicht

Digitized by Google

schon daraus gefolgert werden dürfe, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen habe. Sobald daher der Vertrag nicht ausdrücklich die Bestimmung enthält, daß abweichend von der gemeinen Regel ein anderer Erfüllungsort gelten solle, ist es Sache der Auslegung im einzelnen Falle, ob eine einfache Francaturclausel, oder ein weitergehendes Geding vorliegt.

Darüber, daß an sich die Clausel „franco Mannheim" nicht über die Francatur hinausgehen würde, ist nach der Geschichte des Art. 345 Abs. 2 und der Gerichtspraxis (vgl. Busch, Archiv XXII. 371—377. Scheffer & Groß, zu Art. 345. Abs. 2, zu 342 Abs. 1. Entsch. d. R.-O.-H.-G. II. 439. VI. 102. VIII. 284. X. 175. XI. 312.) nicht zu zweifeln. Das Appellationsgericht kann auch nicht mit dem Handelsgerichte annehmen, daß in der Verbindung „franco Mannheim — zu effectuiren" die Lieferungsclausel in unzweifelhafter Weise ausgedrückt sei; denn „Effectuiren" heißt im deutschen Wortsinne nur „ausführen, bewirken," und es könnte ebenso, wie das Handelsgericht den Ausdruck = Liefern auffaßt, in demselben blos das Absenden das Insrollenbringen verstanden werden. Allein trotzdem ist auch das Appellationsgericht zu dem Ergebniß gelangt, daß nach dem erkennbaren Willen der Contrahenten (Entsch. VI. 106.) der Bestimmungsort (Mannheim) hier als der Ort der Erfüllung gelten muß.

Vor allem kommt in Betracht, daß unbestrittenermaßen die Waare, um deren Verkauf es sich bei dem hier abgeschlossenen Vertrag handelt, nicht an dem Handelsniederlassungsorte der Beklagten (Barmen), sondern an einem dritten Orte (Braunschweig) sich befand. Bei der eigenthümlichen Beschaffenheit der Waare, welche für Witterungseinflüsse so sehr empfindlich ist, könnte nun von einem Uebergange der Gefahr auf den Käufer loco Braunschweig an sich nur dann die Rede sein, wenn dieser dritte von dem Bestimmungsorte weiter als das Domicil der Verkäufer entfernte Ort in dem Vertrage als Ort der Uebergabe bezeichnet, oder doch wenigstens erwähnt wäre. Von einem Uebergange der Gefahr, hier des Schmelzverlustes, ab Barmen kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil das Eis weder

Digitized by Google

in Barmen lagerte, noch etwa auf der Route von seinem Lagerungsorte Barmen zu passiren hatte.

Hierzu kommt der weitere Umstand, daß der Vertrag vom 12. August offenbar eine Abweichung von den früheren Bedingungen der Beklagten darstellt. Mit den Briefen derselben vom 8., 9. und 14. Juli v. J. war dem Kläger jeweils „franco Bahnhof Barmen, hier verwogen" „frei auf den Waggon hier und hier verwogen" offerirt, auch im Briefe vom 9. Juli der Preis „incl. Strohverpackung ohne alle Nebenkosten" bestimmt worden und es ergiebt sich auch aus den vorgelegten Briefen von B. in Braunschweig vom 7. und 12. Juli v. J., daß im Eishandel, bei Uebernahme der Gefahr durch den Adressaten vom Abgangsorte aus, der Absender durch sorgfältige Strohverpackung für die Verringerung des dem Adressaten drohenden Schmelzverlustes zu sorgen sucht. Wenn nun in Abweichung von obigem Geding, das der Brief der Beklagten vom 14. Juli als „unsere festen Conditionen" bezeichnet, die Beklagte mit Telegramm vom 5. August „inländisches Natureis Sgr. 24 franco dort" offerirt, ohne der Verpackung und des Verwiegens Erwähnung zu thun, welche gerade bei einer so empfindlichen Waare eine wichtige Rolle spielen, so muß angenommen werden, daß damit die Verkäufer die Transportgefahr zu übernehmen gesonnen waren, und statt des Gewichts am Abgangsorte (vergl. Brief vom 14. Juli: Ein officielles Bahngewicht können wir nicht offeriren, da auf hiesiger Eisenbahnstation keine Brückenwaage ist) für die Verpflichtung des Käufers ebenso das Ankunftsgewicht maßgebend sein sollte, wie bei dem in Ziffer 1 des Vertrags vom 12. August v. J. über das von M. in F. gekaufte Kunsteis abgeschlossenen Vergleich, wobei noch bemerkt werden muß, daß auch dieses Kunsteis franco Mannheim verkauft worden war.

Wenn in dem weiteren Telegramme vom 7. August, welches den Preis auf 25 Sgr. erhöhte, die Bemerkung „fast verschmelzfrei" beigefügt ist, so ändert dies nichts an der Sachlage, da der Käufer, auch wenn der Schmelzverlust nicht zu seinen Lasten ist, doch dabei interessirt erscheint, möglichst viele effective Waare zu erhalten.

Digitized by Google

Nachdem die beiden Telegramme noch nicht zum Abschluß geführt hatten, erschien am 12. August der Director der beklagten Gesellschaft H. selbst dahier, und nun kam der Vertrag zum Abschluß. An sich ist es allerdings auffallend, daß, während sich unter Ziffer 1 bezüglich eines anderen Postens „auf das amtliche Ankunftsgewichts" verglichen wird, die hier in Betracht kommende Ziffer 2 des Vertrags sich mit dem oben angeführten Wortlaut begnügt, ohne über Transportgefahr und Verwiegung sich auszusprechen, und insofern würde an sich gegen den Kläger L.-R. S. 1162 und 1602a Platz greifen, wornach im Zweifel ein Vertrag wider denjenigen ausgelegt wird, dem etwas bedungen wird und für den, der eine Verbindlichkeit überkommen soll. Allein abgesehen davon, daß es Angesichts der früheren Vertragsclauseln, wie „franco Bahnhof Barmen und hier verwogen", woraus zu schließen wäre, daß bei der neueren Bestimmung — franco Mannheim — der Beisatz — hier (d. h. nunmehr in Mannheim) verwogen — stillschweigend unterstellt werden müßte, Sache des Directors H. gewesen wäre, für deutlichen Ausdruck einer etwaigen Clausel „franco Mannheim, in Braunschweig verwogen" Sorge zu tragen, ergiebt sich aus der Zeugenaussage ꝛc. (Folgt hier die Angabe eines bei der Verhandlung anwesenden Commis.)

Daß die Frage bei der Verhandlung besprochen und von Wanner der Standpunkt eingenommen wurde, welchen auch die Klage einhält, ergiebt sich zudem über allen Zweifel aus dem Briefe der Beklagten vom 5. September v. J., in welchem Director H. schreibt:

„Unser Herr H. hat Ihnen ganz einfach erklärt: „„Setzen Sie den Contract mal auf, in Betreff Ihrer Auslegung des Wortes Franco wird es sich finden.""

Damit ist Seitens des beklagten Theils mindestens anerkannt, daß damals ein Einverständniß in der Richtung auf einfache Francaturclausel nicht erzielt, vielmehr beim Vertragsschlusse dieser Punkt späterem, eventuell gerichtlichem, Austrage vorbehalten blieb, so daß also aus dem Schweigen des Vertrags über diesen Punkt nichts für die Beklagte folgt.

Digitized by Google

Dagegen spricht für die klägerische Auslegung des Vertrags das ganze Verhalten des Klägers nach dem Vertragsschlusse. Bereits mit Brief vom 14. August, und ehe ihm eine Sendung auf Grund des neuen Vertrags zugekommen war, machte er für die zur Weiterbeförderung nach Heidelberg bestimmten Waggons nochmals den Vorschlag,

„solche nach Heidelberg (bad. Bahn) zu expediren, indem daselbst viermal täglich Güterzüge eintreffen und ein bei der Expedition Angestellter mir die Weiterspedition besorgt und die Waggons sofort nach Ankunft verwiegen läßt, damit solche noch mit gleichem Güterzuge weiter gehen können. Sie hätten auch dadurch den Vortheil, daß die um 10 M. und 2 Uhr N. in Friedrichsfeld eintreffenden Waggons nicht bis Abends 5 Uhr, wo solche erst hierher transportirt werden, stehen bleiben, sondern schon $10^1/_2$ und $2^1/_2$ Uhr in Heidelberg verwogen werden können. Ich gebe Ihnen die Versicherung, daß mir daran gelegen ist, Ihr Interesse bestens zu wahren."

Unzweifelhaft ging dieser Vorschlag von der Auffassung aus, daß der Schmelzverlust von den Absendern zu tragen und Kläger nur für das Ankunftsgewicht haftbar sei. Wenn die Beklagte alsbald diesen Vorschlag durch ihren Frankfurter Agenten mündlich zurückgewiesen hat, so spricht auch dies Verhalten gegen die Beklagte. Lief die Waare vertragsmäßig auf Gefahr des Käufers, so war die Aenderung in der Disposition über die Waare für die Verkäuferin ganz unerheblich, und es war dann nicht abzusehen, warum die Beklagte den Vorschlag des Klägers, der nur dessen Interesse berührte, zurückweisen sollte. Ihre Weigerung konnte also nur den Sinn haben, daß sie jede locale Modification ihrer Verpflichtungen ablehnte, damit aber letztere selbstverständlich anerkannte. Auch die Briefe des Klägers vom 22. u. 23. August nehmen denselben Standpunkt ein. Wenn auch im ersteren Kläger davon spricht, daß bei anderweit bezogener Waare der Schmelzverlust geringer gewesen sei, was Beklagte in ihrem Sinne auszulegen suchte, so bittet er doch gleichzeitig die Beklagte in ihrem eigenen Interesse, für die Zukunft dafür zu sorgen,

Digitized by Google

daß blos große Stücke verladen werden, und giebt am Fuß des Briefes Abrechnung über die ersten 6 Waggons auf der Grundlage des Ankunftsgewichts. Deutlicher konnte Kläger seine Auffassung des Vertrags nicht bekunden und ist deshalb auch der Satz:

„Sie werden gewiß erlauben, daß ich von dem Eis verschiedene Waggons an andere Eisenbahnstationen dirigire und werde ich die Frachtdifferenz jeweils mit Ihnen verrechnen",

der unter anderen Umständen (Entsch. X, 175) allerdings gegen die klägerische Auffassung sprechen würde, um so unverfänglicher, da auch hier der Kläger sofort weiter bemerkt:

„und werde veranlassen, daß dieselben sofort nach Ankunft gewogen werden".

Im Briefe vom 23. August endlich macht er ausdrücklich darauf aufmerksam, daß er 6000 Centner franco hier gekauft und zu erhalten habe, und hält es für seine Pflicht, die Beklagte darauf aufmerksam zu machen, daß ein Waggon mit nur 114 Centnern ankam, kaum zu 1/3 mit Eis befrachtet war und keine Spuren größerer Verladung zeigte.

Diesem schlüssigen Verhalten gegenüber beschränkte die Beklagte sich nach der vorliegenden Correspondenz darauf, mit Telegramm vom 27. August den Contract wegen angeblicher Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen aufzuheben und erst mit Brief vom 29. August geltend zu machen, daß Mannheim nicht der Erfüllungsort sei, während sie schon auf den Brief des Klägers vom 14. August allen Anlaß gehabt hätte, die wichtige Frage der Transportgefahr zum Austrag zu bringen, statt ausweislich ihrer Rechnungen mit ihren Sendungen bis zum 28. August fortzufahren. Ihre Auslegung, daß Braunschweig als Erfüllungsort bezüglich der Transportgefahr zu gelten habe, ist abgesehen von dem bereits erwähnten Umstande, daß Braunschweig in dem Vertrag vom 12. August nicht namentlich erwähnt wird, auch dadurch widerlegt, daß die Behauptung des Klägers, er habe erst nachträglich erfahren, daß die Waare in Braunschweig aufgeladen werden solle, ohne Widerspruch geblieben, damit aber auch die Annahme, daß im stillschweigenden Einverständnisse beider

Digitized by Google

Theile Braunschweig als Erfüllungsort habe gelten sollen, factisch ausgeschlossen ist.

Aus diesen Gründen wurde das Erkenntniß Gr. Handelsgerichts, durch welches die vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit verworfen wurde, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten des zweiten Rechtszuges bestätigt."

Berichtigung.

Es muß im 5. Bande N. F. dieses Archivs heißen:

auf Seite	366	„Palkowski"	statt „Balkowski".
„ „	367, Z. 7 v. o.	„Kategorieen"	statt „Kategorien".
„ „	367, Z. 16	„und bezüglich der kaufmännischen"	statt „und der kaufm."
„ „	367, Z. 25	„den des Zweckvermögens"	statt „die des Z."
„ „	368, Z. 17	„Art den Handelsgesellschaften"	statt „Art die H."
„ „	368, Z. 20	„Genossenschafter"	statt „Genossenschaften".
„ „	368, Z. 26		desgl.

Digitized by Google

Nachruf.

Mit schwerem Herzen erfüllen die Unterzeichneten die traurige Pflicht, das Hinscheiden eines ihnen ja auch durch verwandtschaftliche Bande so nahe stehenden Mitgliedes der Redaction, des Kreisgerichtsdirector G. Keyser hier, den geehrten Mitarbeitern und Lesern des Archivs anzuzeigen. Kaum vor Jahresfrist mit eingetreten in unser Unternehmen, war es ihm nur vergönnt, an den beiden letzten Bänden des Archivs mitzuwirken; der Beginn des ersten Heftes des gegenwärtigen Bandes sah ihn noch in voller Rüstigkeit; am Schluß desselben hat ihn der unerbitterliche Tod nach kaum zurückgelegtem 54. Lebensjahre abgerufen.

Es geziemt uns als nächsten Angehörigen des Heimgegangenen nicht, ihm Ruhmesworte nachzurufen; wohl aber glauben wir unsere geehrten Mitarbeiter und Leser bitten zu dürfen, dem Dahingeschiedenen ein freundliches Andenken bewahren, uns aber ihr Beileid nicht versagen zu wollen.

Sondershausen, im Januar 1875.

Die Redaction

Dr. F. B. Busch. H. Busch.

Digitized by Google

Digitized by Google

14.

Präjudicien württembergischer Gerichtshöfe.

Mitgetheilt von Herrn Obertribunal-Director Dr. v. Kübel in Stuttgart.

a) Handelsrecht.

Auflösung einer Handelsgesellschaft.

(Zu Art. 91, 133 des H.-G.-Bs.)

Urtheil des Kreisgerichtshofes zu Ravensburg als Handelsgericht vom 16. Mai 1872.

Im Januar 1869 schlossen M. K. in Sch., welcher bis dahin an diesem Ort eine Seidenzwirnerei betrieben hatte, und W. B., R. B. und C. Kr. einen Gesellschaftsvertrag ab „zu dem Zweck des Ankaufes der Wasserkräfte in Sch., um dieselben möglichst nutzbar anzulegen und sie entweder zu verkaufen oder zu rentablen Fabrikationszwecken selbst zu verwenden." In dem Vertrag wurde weiter festgesetzt: „Titel: Capital-Einlage: Diese „theilt sich in 1) Capital für Ankauf des M. K.'schen Etablisse„ments; dieses Capital wird durch M. K. allein dadurch geleistet, „daß er seine Wasserkraft, sein Fabrikgebäude, die für die Seiden„zwirnerei vorhandenen Maschinen und sein sämmtliches Fabrik„mobiliar — Alles zusammen taxirt zu 40,000 fl. der Gesellschaft „schuldenfrei überläßt; 2) das übrige Capital ist (wie im Einzelnen „näher bestimmt wurde) von den andern Gesellschaftern in Baarem „einzuzahlen. — Jedem Gesellschafter werden die von ihm einge„legten Capitalien mit 5 Proc. vom 1. Januar 1869 an verzinst." Titel: Verlust und Gewinnvertheilung. Die Vertheilung geschieht nach aufgenommenem Inventar nach Bezahlung aller Auslagen in 5 Proc. vom eingelegten Capital oder Capitalwerth. Der Ueberschuß ist nach vier gleichen Theilen zu theilen. — Bei dem Ableben eines Gesellschaftsmitgliedes — wurde ferner bestimmt, — können dessen Erben das von dem Verstorbenen eingelegte Capital aus dem Geschäfte ziehen, in welchem Fall nach Berechnung von Gewinn und Verlust auf Grund des letzten Inventars das Capital binnen bestimmter Frist auszubezahlen, bis dahin mit 5 Proc. zu verzinsen ist. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft theilen sich die Gesellschafter auf Grund eines Schlußinventars nach Bezahlung der Schulden und Beitreibung der Actien

Digitized by Google

nach ihrer Einlage in das baare Capital, das vorhandene Lager, in die Ausstände und Verbindlichkeiten. —

M. K. überließ diesem Vertrag zufolge sein Etablissement der Gesellschaft; von derselben wurde die Seidenzwirnerei in eine Holzstofffabrik umgewandelt und diese in Betrieb gesetzt. Als Eigenthümer der von ihm in die Gesellschaft eingebrachten Liegenschaften blieb M. K. fortan in den öffentlichen Büchern eingetragen. — Am 1. Januar 1872 löste sich die Gesellschaft in Folge einer Uebereinkunft der vier Theilhaber auf, nachdem Unterhandlungen unter denselben über den Austritt des M. K. vorausgegangen waren. Aus Anlaß dieser Verhandlungen wurde demselben von den drei andern Gesellschaftern ein — von ihm sofort zurückgewiesener Vertragsentwurf proponirt — des Inhalts: „Art. 1. Laut Gesellschaftsvertrag vom Januar 1869 wurde die Uebereinkunft getroffen, auf dem Herrn M. K. eigenthümlichen Wasserwerk eine Holzstofffabrik zu gründen und auf gemeinschaftliche Rechnung zu betreiben. Art. 2. Dem Herrn M. K. wurde für Abtretung seiner dießfallsigen Rechte und Grundstücke an die vier Theilhaber ein Capital von 40,000 fl. bestimmt. Art. 3. Da M. K. aus der Gesellschaft auszutreten wünscht, so verkauft er den übrigen drei Theilhabern seine vorbenannten Besitzungen um 30,000 fl. als Eigenthum und soll dieser Kaufvertrag in die Gemeindebücher eingetragen werden."

Sofort nach der Auflösung der Gesellschaft erhob M. K. gegen die drei andern Gesellschafter Klage bei dem Kreisgerichtshof in R., als Handelsgericht, auf Herausgabe des von ihm in die Gesellschaft eingelegten Etablissements sammt Zubehör, beziehungsweise, soweit diese Herausgabe in natura nicht mehr möglich wäre, auf Erstattung des vereinbarten Werthes und ferner auf Bezahlung pro 1. Januar 1872 fälligen Zinsen aus seiner Einlage nach dem Werth von 40,000 fl. Zur Begründung der Klage machte Kläger geltend, er sei Eigenthümer der von ihm in die Gesellschaft eingelegten Liegenschaft nnd Fahrniß geblieben, habe dieselbe der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassen; die Schätzung (zu 40,000 fl.) sei nur zur Herstellung einer Grundlage für die Gewinnvertheilung erfolgt. Dies erhelle deutlich aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages und werde bestätigt durch den vor Auf-

Digitized by Google

lösung der Gesellschaft ihm von den andern Gesellschaftern unterbreiteten Vertragsentwurf, nach welchem diese ihm proponirt hätten, nun erst seine Liegenschaft und Fahrniß ihnen zu verkaufen. Gemäß dem Gesellschaftsvertrag habe Kläger auch Anspruch auf Verzinsung seiner Einlage vom 1. Januar 1869 an. — Von den Beklagten wurden diese Ansprüche des Klägers bestritten, da durch den Gesellschaftsvertrag das Etablissement des Letztern der Gesellschaft zu Eigenthum übertragen worden, Kläger als Gesellschaftsmitglied Miteigenthümer geworden sei und mit dem ihm von den Beklagten vor der Auflösung proponirten Vertrag nur der Verkauf seines Antheils an die in der Gesellschaft Verbleibenden habe vorgeschlagen werden wollen. Dem Kläger stehe also nur ein Anspruch aus einer Capitaleinlage von 40,000 fl. zu, dessen Vereinigung übrigens durch die zunächst vorzunehmende Liquidation der Gesellschaft bedingt sei. Vor der Durchführung der Liquidation könne Kläger auch nicht die Bezahlung von Zinsen aus seiner Einlage verlangen.

Durch Urtheil des Kreisgerichtshofes vom 16. Mai 1872 wurde die erhobene Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt: Durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages von Januar 1869 sei bewiesen, daß die Taxation der von dem Kläger in die Gesellschaft eingebrachten Liegenschaft und Fahrniß nicht blos zum Zwecke der Gewinnvertheilung geschehen, diese Gegenstände vielmehr Eigenthum der Gesellschaft geworden seien (Art. 91 des H.-G.-Bs.). Denn wenn der Vertrag von einem Capital für den Ankauf des M. K.'schen Anwesens rede und bestimme, daß dieses Capital mit 40,000 fl. von dem Kläger allein durch schuldenfreie Ueberlassung seines Anwesens an die Gesellschaft zu leisten sei, so könne dies anders nicht verstanden werde, als daß Kläger sein Anwesen in das Eigenthum der Gesellschaft übertragen habe und mit der Einlage des Werthes von 40,000 fl. bei der Gesellschaft betheiligt sein solle. Dem zu Folge seien auch die Bestimmungen über das bei dem Ableben eines Gesellschafters oder bei der Auflösung der Gesellschaft einzuhaltende Verfahren getroffen worden, insofern in diesen Fällen überall nicht eine Rückgabe des Anwesens, sondern die Herausziehung des für dasselbe festgesetzten Capitals, beziehungsweise die

Digitized by Google

Theilung des baaren Capitals nach der Einlage stattfinden solle. Als Zweck der Gesellschaft sei überdies an die Spitze des Vertrags der Ankauf der Wasserkräfte in Sch. (womit offenbar diejenigen des Klägers gemeint gewesen seien), deren nutzbare Anlegung, deren Verkauf oder Verwendung zu nutzbaren Fabrikationszwecken gestellt worden und dem entsprechend sei von der Gesellschaft auch das Anwesen sehr erheblich — aus einer Seidenzwirnerei in eine Holzstofffabrik — umgeändert und auf diese Weise von der Gesellschaft für sich verwendet worden: hiermit sei die Absicht bloßer Gebrauchsüberlassung an die Gesellschaft geradezu unvereinbar. Auch aus dem spätern Vertragsentwurf könne Kläger Nichts für sich ableiten: im Gegentheil sei in den Art. 1 u. 2 desselben deutlich ausgesprochen, daß dem Kläger für Abtretung seines Eigenthums, seiner Rechte und Grundstücke an die Gesellschaft (die vier Gesellschafter) ein Capital von 40,000 fl. bestimmt worden, wonach er also mit dieser Capital-Einlage an der Gesellschaft betheiligt sein solle und werden hierauf dem Kläger Vorschläge gemacht, unter welchen Bedingungen er bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft um seinen Antheil an diesem Gesellschaftseigenthum von den andern Gesellschaftern abgefunden werden solle. Wenn der Wortlaut der diesfallsigen Bestimmung, insofern von einem Verkauf der M. K.'schen Besitzungen gesprochen werde, auch Zweifel an deren Sinn erregen könne, so komme dies entgegen dem klaren Inhalt des Gesellschaftsvertrags selbst, dem auf ihn Bezug nehmenden Art. 1 u. 2 des Vertragsentwurfes und der Thatsache, daß die Ueberlassung des klägerischen Anwesens an die Gesellschaft und die wesentliche Umgestaltung desselben durch Letztere stattgefunden habe, nicht in Betracht. — Unerheblich sei, daß Kläger in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer des Anwesens eingetragen geblieben sei, wie er denn selbst hieraus Nichts für sich ableite. Hiernach bleibe dem Kläger überlassen, den vereinbarten Werth seiner Einlage, das ihm hierfür ausgeworfene Capital bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft geltend zu machen, welche in Folge der Auflösung derselben nun vorzunehmen sei (Art. 133 u. 143 des H.-G.-Bs.) und hierbei komme dann auch der Zinsenanspruch des Klägers als ein Activposten desselben zur Berechnung. Vor der nothwendig vorzu-

Digitized by Google

nehmenden Auseinandersetzung könne er diesen Zinsenanspruch nicht vereinzelt geltend machen; denn er bilde nur einen Factor derselben; und durch dieselbe werde erst das Activ-Saldo des Klägers im Ganzen und die Art seiner Befriedigung festgestellt.

15.

Fixgeschäft; Verzug des Käufers in dem Bezug von Börsenpapieren; Verkauf derselben für dessen Rechnung.

Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Juli 1874 in der Berufungssache Gebr. Gutmann ca. Maier.

Zu Art. 357, 354 u. 343 des H.-G.-Bs.

J. Maier in Ulm hatte am 30. April 1873 von Max Gutmann (Firma Gebr. Gutmann) in Augsburg bei der Unionbank in Wien 100 Unionbankactien à 320 fl. zu beziehen, welche Gutmann auf jenen Tag zu liefern übernommen hatte. Maier bezog am Stichtage nicht, weshalb Gutmann seiner Behauptung zufolge die Actien, und zwar, da Maier nicht beziehen zu wollen schon vorher erklärt hatte, am 30. April auf der Börse in Wien à 243⅝ verkaufen ließ. Der Verkauf erfolgte durch Vermittlung der Unionbank in Wien, bei welcher die Actien für Gutmann im Depot sich befanden, für den Letzteren durch zwei von der Unionbank beauftragte Börsenagenten. Als nun Gutmann den Ersatz der Differenz zwischen dem Preise, zu welchem Maier hätte beziehen sollen, und dem am 30. April 1873 erzielten Erlöse forderte, wandte Maier ein, daß der Verkauf den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche und daher nicht als für seine Rechnung geschehen anerkannt werde. Dieser Einwand wurde für begründet erkannt und ist aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen diesfalls Folgendes auszuheben:

Das von dem Kläger mit dem Beklagten auf einen bestimmten Termin, welcher je von Halbmonat zu Halbmonat wieder verlängert wurde, abgeschlossene Lieferungsgeschäft ist ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 des H.-G.-Bs. Denn da den Gegenstand des Vertrages Börsenpapiere bildeten, welche namentlich in der damaligen Zeit beinahe täglichen Coursschwankungen unterworfen

Digitized by Google

waren, und da es dem Beklagten, wie aus dessen Briefen, den wiederholten Prolongationen und der sonstigen Sachlage sich ergiebt, darum zu thun war, die Differenz zwischen den von ihnen gehofften höheren Cours der Papiere an dem Lieferungstermin und dem Kaufpreis zu gewinnen, die Differenz sich aber jeden Tag ändern konnte, so ist der jeweilige Lieferungstag als ein so wesentlicher anzusehen, daß gerade nur an diesem erfüllt werden durfte. Nachdem nun der Kläger am 23. April 1873 dem Beklagten erklärt hatte, daß er von den Unionbankactien 100 Stück am 30. dess. M. verkaufen lassen werde, so ist der 30. April 1873 der endgiltige Lieferungstag geworden, da dem Beklagten kein Recht zustand, eine weitere Verschiebung des Lieferungstermines von dem Kläger zu verlangen. Der Beklagte hat jedoch am Stichtage die 100 Actien nicht bezogen, und war daher der Kläger in Folge dieses Verzuges des Beklagten berechtigt, von einem der dem Verkäufer gegen den säumigen Käufer in dem Art. 357 des H.-G.-B. eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen. Derselbe behauptet nun, er habe die 100 Unionbankactien am 30. April 1873 an der Wiener Börse zum Course von $243^5/_8$ verkaufen lassen und fordert von dem Beklagten die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem am 30. April 1873 erzielten Erlöse.

Man kann dahin gestellt lassen, ob dem Kläger der Beweis des Verkaufes gelungen ist, da dieser Verkauf, wenn er erfolgt ist, nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommen worden ist.

Bezüglich dieses Verkaufes sind die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs maßgebend. Zwar waren die fraglichen Actien von dem Beklagten in Wien zu beziehen, also diese Stadt der Erfüllungsort und ist daher zu unterstellen, daß auch dort der Verkauf der Actien für Rechnung des säumigen Käufers vor sich zu gehen hatte.*) Die Form dieses Verkaufes bestimmt sich daher nach den Vorschriften des österreichischen Rechtes. Allein diese sind eben das Handelsgesetzbuch, welches seit dem 1. Juli 1863 auch für Oesterreich gilt. Daß die in den vorliegenden Fragen zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs

*) Entscheid. des R.-O.-H.-Gs. Bd. V, S. 174 ff.

Digitized by Google

in Oesterreich abgeändert worden seien, hat der Kläger nicht zu behaupten vermocht und ergiebt sich auch nicht aus dem österreichischen Einführungsgesetze vom 17. Decbr. 1862.*)

Nach Art. 357, Abs. 2 des H.-G.-Bs. hat der Verkäufer, welcher statt der Erfüllung für Rechnung des säumigen Käufers verkaufen will, im Fall die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist vorzunehmen. Es steht aber dieses Verkaufsrecht dem Verkäufer nach dem Abs. 1 jenes Art. nur gemäß Art. 354, also, wie dieser Artikel vorschreibt, unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 zu.**) Nach dem Abs. 2 des letzteren Artikels hat nun bei Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Verkauf entweder öffentlich oder durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zu dem laufenden Preise zu geschehen. Durch diese Vorschrift sollte das singuläre Recht des Verkäufers, für Rechnung des säumigen Käufers die Waare wieder zu verkaufen, zum Schutze des Interesse des Letzteren an gewisse Beschränkungen geknüpft werden, sofern die Oeffentlichkeit des Verkaufes oder die letztere vertretende Veräußerung durch eine amtlich zu diesem Zwecke bestellte und verpflichtete Person geeignet ist, die erforderliche Garantie für die Erzielung des wahren Preises zu gewähren.***) Der Art. 343, Abs. 2 wollte somit, wie sich auch aus seiner Fassung und aus der Vergleichung mit dem Art. 311, welcher dem Gläubiger die Veräußerung des Faustpfandes auf gleiche Weise gestattet oder giebt, eine bestimmte Form für die Ausübung der Verkaufsselbsthilfe einführen. Ist daher diese Form nicht gewahrt, so hat der Käufer den Verkauf nicht als für seine Rechnung erfolgt anzuerkennen. Gleichgiltig ist hierbei, ob der Preis, welcher durch den formlosen Verkauf erzielt worden ist, im einzelnen Falle kein ungünstigerer ist, als wenn die gesetzliche Form bei dem Verkauf

*) Lutz, Allg. D. H.-G.-B. Bd. II, S. 201 ff.

**) Thöl, Handelsrecht, Bd. I, § 87a, S. 525 bei u. in Note p u. q; Seuffert, Archiv, Bd. XXVI, Nr. 166; Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. V, S. 174 ff

***) Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VII, S. 66 ff., 403 ff.; Bd. VIII, S. 103 ff.

Digitized by Google

eingehalten worden wäre. Denn der Käufer braucht sich auf das Ergebniß eines formlosen Verkaufes überhaupt nicht einzulassen, weil dieser von dem Gesetze als auf eigene Gefahr des Verkäufers ausgeführt angesehen wird.*)

Nach der Behauptung des Klägers sind nun die 100 Actien der Unionbank durch zwei Börsenagenten in Wien an der dortigen Börse verkauft worden. Der § 26 des österreichischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 17. Decbr. 1862 begreift jedoch unter den Handelsmäklern nur die Waaren- und die Börsensensale, nicht aber die Börsenagenten. Letztere sind zwar auch concessionirte Vermittler von Börsengeschäften**), allein nicht Vertrauenspersonen im ausgezeichneten Sinne des Wortes, daher nicht in Eid genommen. Dieselben sind deshalb nicht zur Vornahme des nach Art. 343 dem Verkäufer gestatteten Verkaufes befugt, da dem Handelsmäkler gerade mit Rücksicht auf seine Stellung als besondere Vertrauensperson die Ermächtigung zur Vornahme jenes Verkaufes gegeben ist.***) Der Beklagte hat somit den Verkauf der Actien, welcher nach der klägerischen Behauptung am 30. April 1873 erfolgt ist, nicht als für sich verbindlich anzuerkennen.

Vom Kläger wird nun zwar das Bestehen einer Usance in Wien geltend gemacht, wonach Börsenpapiere, welche am Stichtage nicht bezogen werden, ohne weitere Formalitäten durch Börsenagenten verkauft werden dürfen. Allein da gegenüber den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nach Art. 1 desselben ein abweichender Handelsgebrauch nur insofern derogatorische Kraft haben kann, als die Contrahenten sich bei Abschluß des Vertrages jenem Handelsgebrauche unterwerfen wollten****), so wäre die behauptete Wiener Usance nur dann maßgebend, wenn mit Sicherheit unterstellt werden könnte, es haben die Parteien mit Rücksicht

*) Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VII, S. 405 ff.; Bd. VIII, S. 99 ff; Bd XII, S. 175 ff.

**) Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. VIII, S. 103.

***) Hahn, Commentar, Bd. I, S. 200 ff.

****) Auerbach, Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 96 ff.; Makower, Handelsgesetzbuch, S. 216 u. 217, Note 41 b; Busch, Archiv, Bd. VII, S. 345 ff; Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VI, S. 368 ff.; Bd. VIII, S. 255 ff.

Digitized by Google

auf jene Usance contrahiren wollen. Dies kann aber nicht ohne Weiteres angenommen werden, da jedenfalls bei dem Beklagten, einem Privatmanne nicht zu vermuthen ist, daß er die Wiener Börsengebräuche gekannt habe.

16.

Stellgeschäft; Voraussetzung der Schadensersatzforderung des Verkäufers wegen Nichtbeziehung durch den Käufer.

Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 1. Juni 1871 in der Berufungssache Arnold und Gutmann ca. Garnier. Zu Art. 357 des H.-G.-Bs.

Am 23. Decbr. 1869 schloß der Kaufmann Joseph Garnier in Stuttgart mit dem Handlungshause Arnold und Gutmann daselbst ein Stellgeschäft über $ 5000 6procentige 1882er amerikanische Staatspapiere auf ultimo Juli 1870 mit 6 Proc. Spannung bei Mitte 91½ ab, wonach Garnier je nach Ausfall der Erklärung von Arnold und Gutmann am ultimo Juli 1870 in Frankfurt a/M. diese Papiere entweder zu 94½ Proc. an dieselben zu liefern oder zu 88½ Proc. von denselben zu beziehen hatte. Ferner haben Arnold und Gutmann am 16. Juni 1870 durch Vermittlung des Sensals Ferdinand Garnier an Joseph Garnier $ 5000 6procentige amerikanische Staatspapiere zum Course von 96½ lieferbar ultimo Juli 1870 in Frankfurt a/M. verkauft.

Schon vor dem ultimo Juli waren die Course bedeutend gesunken und es hatten sich deshalb Arnold und Gutmann in Betreff des Stellgeschäftes für den Bezug durch Garnier entschieden. Dieser übergab denselben laut einer Urkunde vom 26. Juli 1870 verschiedene Werthpapiere „als Depot für die von ihm zu übergebenden $ 10,000 6procentige 82er Unit. St. Bonds." Am 29. Juli 1870 schrieben Arnold und Gutmann an Garnier, indem sie ihm eine Rechnung über die ihnen zu Gute kommende Differenz übermachten, ihrem Frankfurter Hause Kahn u. Co. sei es nicht gelungen, die pro ultimo (der auf den 28. Juli fiel) von

Digitized by Google

ihm abzunehmenden 10,000 $ zu prolongiren, so daß gestern zu deren Verkaufe zum Course von 78 habe geschritten werden müssen. Garnier erwiderte, daß er den Verkauf als für seine Rechnung geschehen nicht anerkenne und gegen die angedrohte Veräußerung seines Depots sich verwahre. Arnold und Gutmann erhoben daher bei dem Kreisgerichte Klage gegen Garnier auf Ersatz der Differenz zwischen den für den Bezug mit ihm vereinbarten Coursen und den nach ihrer Behauptung bei dem Verkaufe der zu beziehenden Papiere erzielten Preise im Gesammtbetrag von 3650 fl.

Zu Begründung des bestrittenen Causalzusammenhangs zwischen dem am 28. Juli 1870 seiten ihres Frankfurter Hauses Kahn u. Co. vorgenommenen Verkaufes von $ 10,000 6procentigen 82er Amerikaner zum Course von 78 und dem Nichtbezuge der von dem Beklagten bei diesem Hause am 28. Juli 1870 zu beziehenden $ 10,000 gleicher Papiere wurde von den Klägern geltend gemacht: Die Kläger selbst haben zwei Tage vor dem mit dem Beklagten abgeschlossenen Stellgeschäft — am 21. Decbr. 1869 — ihrerseits ein Stellgeschäft mit Kahn u. Co. über $ 10,000 82er Amerikaner pro ultimo Juli Mitte $91\frac{3}{8}$ mit 7 Proc. Spannung abgeschlossen. Sie haben ferner mit Bezug auf das mit dem Beklagten am 16. Juni 1870 abgeschlossene Geschäft am 8. Juli 1870 von Kahn u. Co. $ 5000 82er Amerikaner à $95\frac{9}{16}$ pro medio Juli gekauft, die pro ultimo prolongirt worden seien. Diese Papiere seien für den Beklagten bestimmt gewesen, ohne daß übrigens behauptet werden wolle, daß Kahn u. Co. hierüber Nachricht gegeben worden sei, was auch im Geschäftsverkehr nicht üblich sei. Da nun der Beklagte schon einige Tage vor dem 28. Juli den Klägern habe eröffnen lassen, daß er die $ 10,000 in Frankfurt nicht beziehen könne und eine Prolongation seiten Kahn u. Co. nicht erfolgt sei, so seien die gedachten Papiere mit andern von Kahn u. Co. am 28. Juli für Rechnung der Kläger verkauft und diese mit der Differenz zwischen dem von ihnen mit Kahn u. Co. vereinbarten und dem bei dem Verkaufe erzielten Erlöse belastet worden. Da die Papiere hiernach gemäß Art. 357 des H.-G.-Bs. haben verkauft werden müssen und dies geschehen sei, weil Beklagter, der dieselben zu beziehen verpflichtet gewesen, dieselben nicht bezogen habe, so sei derselbe den Klägern den ihnen hierdurch zu-

Digitized by Google

gegangenen Schaden zu ersetzen verbunden, der in der geforderten Differenz bestehe.

Die Klage wurde abgewiesen und diese Abweisung in oberster Instanz folgendermaßen begründet:

In dem Art. 357 des Allg. D. H.-G.-Bs. sind dem Verkäufer ausdrücklich nur drei Arten der Verfolgung und Geltendmachung seiner Rechte gegen den säumigen Käufer eingeräumt, unter denen er die Wahl hat. Er kann entweder Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder vom Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, oder endlich statt der Erfüllung die Waare für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadenersatz verlangen. Eine Berechtigung des Verkäufers, im Falle des Verzuges des Käufers, nach dem Stichtage ohne Weiteres die Differenzsumme zu fordern und einzuklagen, kennt das Allg. D. H.-G.-B. nicht.

Im gegenwärtigen Falle begründen nun die Kläger ihre Schadensforderung in der Weise, daß sie behaupten, die Papiere, welche sie am ultimo Juli 1870 von Kahn u. Co. in Frankfurt a/M. auf Grund der von ihnen mit denselben abgeschlossenen Geschäfte hätten beziehen sollen, haben sie infolge davon, daß Beklagter, für den sie dieselben ihrerseits bestimmt gehabt, sie nicht bezogen habe, nicht beziehen können; demzufolge haben diese Papiere von Kahn u. Co. für ihre, der Kläger, Rechnung am ultimo Juli 1870 zum Cours von 78 Proc. in Gemäßheit des Art. 357 des Allg. D. H.-G.-Bs. verkauft werden müssen und habe daher Beklagter den ihnen durch seinen Nichtbezug zugegangenen, in der Differenz zwischen den mit ihm vereinbarten und den bei dem gedachten Kaufe erzielten Preisen bestehenden Schaden zu ersetzen. Ein so fundirter Anspruch findet seine rechtliche Begründung in der erwähnten Gesetzesbestimmung nicht.

Wenn die Kläger auf Grund derselben statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen wollen, so ist die erste Voraussetzung einer solchen Forderung, daß die von dem Beklagten zu beziehenden Papiere von ihnen oder in ihrem Auftrage für Rechnung des Letzteren verkauft wurden. Um unter den Verhältnissen des vorliegenden Falles einen solchen Verkauf für Rechnung des Beklagten unterstellen zu können, genügt aber weder, daß die Kläger, wie

Digitized by Google

sie behaupten, dem Beklagten das Haus Kahn u. Co. in Frankfurt a/M. als Bezugsadresse genannt haben, noch die weitere gar keine äußerlich wahrnehmbare Thatsache in sich schließende Behauptung, daß sie die von ihnen zu beziehenden Papiere für den Beklagten bestimmt gehabt haben, sondern es hätte mindestens behauptet werden müssen, daß dem Hause Kahn u. Co. von den mit dem Beklagten abgeschlossenen Geschäften, auf Grund deren dieser an Stelle des Klägers die Papiere zu beziehen hatte, von den Letzteren Mittheilung gemacht worden sei, während anerkanntermaßen Kahn u. Co. hiervon nicht die mindeste Kenntniß hatten und deshalb ein auch nur in indirecter Weise für Rechnung des Beklagten vorgenommener Verkauf gar nicht denkbar ist. Schon hiernach kann von einem auf den Grund des Art. 357 des A. D. H.-G.-Bs. gegründeten Anspruch keine Rede sein.

Es fehlt aber daneben in der That an jedem Nachweise einer Beziehung der von den Klägern mit Kahn u. Co. abgeschlossenen Geschäfte zu den von ihnen mit dem Beklagten geschlossenen. Durch die von den Klägern beigebrachten und angebotenen Beweise wird nicht weiter dargethan, als daß sie um dieselbe Zeit Stellage- und andere Geschäfte mit Kahn u. Co. gemacht, daß am ultimo Juli die Letzteren verschiedene Parthieen Amerikaner für Rechnung der Kläger verkauft und diese theilweise mit der Differenz belastet haben. Wenn die Kläger hierzu weiter behaupten, einen Theil dieser verkauften Papiere haben sie für den Beklagten bestimmt gehabt, so verdient eine derartige Behauptung einer zu einem äußerlich wahrnehmbaren Acte gar nicht gediehenen Absicht keine rechtliche Beachtung, gleichwie die Thatsache, daß die Kläger den Beklagten mit der nunmehr geforderten Differenz in ihren Büchern belastet haben, zu Begründung des ihnen obliegenden Beweises selbstverständlich nicht geeignet ist. Mit den von den Klägern beigebrachten Beweisen könnten sie gleich dem Beklagten jeden anderen ihrer Kunden, mit dem sie um die fragliche Zeit Geschäfte in amerikanischen Staatspapieren machten, in Anspruch nehmen. Mangelt es aber an dem Nachweise einer Beziehung zwischen den beiderlei Geschäften, so fehlt es folgerecht auch an dem Causalzusammenhang zwischen dem in Frankfurt vorgenommenen Verkaufe und dem Nichtbezuge des Beklagten, womit auch

Digitized by Google

jeder auf den Verzug des Beklagten gestützten Entschädigungsforderung der Boden entzogen ist. *)

17.

Differenzgeschäft oder Lieferungskauf.

Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Juli 1874 in der Berufungssache Gebr. Gutmann ca. Maier.

J. Maier und Gen. hatten sich vereinigt, Staats-, Industrie-, Bahn- und Bankpapiere durch die Vermittlung der Gebr. Gutmann in Augsburg für gemeinschaftliche Rechnung zu kaufen und zu verkaufen (Hausse- und Contreminegeschäfte) und die letzteren mit dem Einkauf von Unionbankactien beauftragt. Die Gebr. Gutmann kauften infolge dessen bei der Unionbank in Wien 200 Unionbankactien zu 320 und bezogen weitere 66⅔ junge zu 200, worauf sie am 1. Juni 1872 Maier und Gen. benachrichtigten, daß diese nunmehr von ihnen, den Gebr. Gutmann, medio desselben Monats in Wien 200 St. Union zu 320 und Spesen und 66⅔ St. dto. zu 200 und Spesen zu beziehen haben und es ist dies am 3. Juni 1872 von Maier und Gen. bestätigt worden. Der aus diesem Geschäfte gegen Maier erhobenen Klage der Gebr. Gutmann setzte dieser unter Anderem den Einwand entgegen, daß das Geschäft ein bloßes Differenzgeschäft gewesen sei, da kein Theil die Absicht des Bezuges, beziehungsweise der Lieferung gehabt habe, aus einem Differenzgeschäfte aber nicht geklagt werden könne. Letzteres blieb unentschieden; dagegen wurde der Einwand darum verworfen, weil ein Differenzgeschäft nicht angenommen wurde und es besagen diesfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Da nach dem Schreiben vom 1. Juni 1872 die Kläger sich als diejenigen, welche dem Beklagten und seinen Genossen die Actien zu liefern haben, bezeichnet haben, so haben sie von dem ihnen nach Art. 376 des H.-G.-Bs. zustehenden Rechte Gebrauch

---

*) Vergl. dieses Archiv, Bd. III, S. 395 ff.

Digitized by Google

gemacht, das Gut, mit dessen Einkauf sie beauftragt worden, selbst als Verkäufer zu liefern, und es haben die Käufer sich hiermit einverstanden erklärt. Das zwischen den Klägern einerseits und dem Beklagten und dessen Genossen andererseits abgeschlossene Lieferungsgeschäft ist somit als Handelsgeschäft im Sinne des Handelsgesetzbuches Art. 271, Ziff. 1 gemäß Art 277 desselben nach den von diesem Gesetzbuch über den Kauf aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. *) Der Beklagte behauptet nun zwar, jenes Geschäft sei ein Differenzgeschäft und daher nicht klagbar. Allein da erwiesen ist, daß die Kläger die Actien für den Beklagten und dessen Genossen gekauft, auch sich verpflichtet haben, solche den Käufern zu liefern und diese sich damit einverstanden erklärt haben, so hat der Beklagte darzuthun, daß dieses nach der Erklärung beider Theile als Kaufvertrag sich darstellende Rechtsgeschäft nur zum Schein abgeschlossen und in Wahrheit ein Differenzgeschäft gemeint sei, d. h. daß nach der übereinstimmenden Absicht der Contrahenten die effective Lieferung der Papiere ausgeschlossen und der Gegenstand des Geschäfts nur die je nach dem Steigen oder Fallen der Preise von dem einen Contrahenten an den andern zu bezahlende Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Courspreise der Papiere am Lieferungstage sein solle. Dagegen liegt nach richtiger Ansicht ein Differenzgeschäft nicht schon dann vor, wenn es bei Abschluß des Kaufvertrags beiden Theilen nicht um die wirkliche Lieferung des Kaufs objectiv, sondern um den Gewinn jener Differenz zu thun ist. Denn dieses bei den meisten im Börsenverkehre abgeschlossenen Zeitkäufen vorhandene Motiv ist für die Beurtheilung der rechtlichen Natur des Geschäftes unerheblich, so lange nicht beide Contrahenten ihre lediglich auf den Differenzgewinn gerichtete Absicht übereinstimmend erklärt haben, weil andernfalls keiner der Contrahenten gehindert ist, am Stichtage effective Lieferung und beziehungsweise Bezug zu verlangen. **) Es folgt daher für die Absicht der Parteien, ein Differenzgeschäft

*) Hahn, Commentar, Bd. II, S. 362; Endemann, Handelsrecht, § 168, Ziff. 3; Seuffert, Archiv, Bd. XXI, Nr. 151; Bd. XXVI, Nr. 166; Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VI, S. 187 ff.

**) Thöl, Handelsrecht, Bd. I, § 70, Nr. 4, § 102; Busch, Archiv, Bd. XIV, S. 11 ff.; Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. VI, S. 224.

Digitized by Google

abzuschließen, Nichts aus den Briefen vom 23. März u. 10. April 1872, in welchen der Beklagte und dessen Genossen den Klägern erklären, daß sie bei diesen gemeinschaftliche Speculationsgeschäfte machen, daß sie durch deren Vermittlung Werthpapiere für gemeinschaftliche Rechnung kaufen und verkaufen wollen (Hausse- und Contreminegeschäfte), sowie daraus, daß die Höhe des Kaufpreises für die Actien nicht im Verhältniß stehe zu dem Vermögen des Beklagten und seiner Consorten. Denn diese Umstände lassen sich genügend erklären, wenn die Käufer bei effectiver Lieferung auf einen Gewinn durch Erzielung eines höheren Preises bei der Weiterveräußerung jener Papiere speculirt haben.

18.

Frachtgeschäft: Haftung der abliefernden Eisenbahnverwaltung für die Beschädigung der Waare. (Art. 427 des H.-G.-Bs.)

Urtheil des Kreisgerichtshofes in Stuttgart als Handelsgericht vom 24. April 1874.

Ende Januar 1873 wurden der Tuchfabrik in E. durch die kgl. württ. Bahnhofverwaltung daselbst 128 Ballen Wolle sämmtlich mehr oder weniger durchnäßt zugestellt. Die Wolle kam von London: Den Transport besorgte von Rotterdam bis Nymwegen die Geldern'sche Dampfschifffahrtsgesellschaft, von da ab die Rheinische Eisenbahngesellschaft, von welcher ihn schließlich die kgl. württ. Eisenbahnverwaltung übernahm. Maßgebend für den ganzen Transport ab Rotterdam waren die Bestimmungen des Deutschen Eisenbahnreglements für die Beförderung von Gütern vom 1. Juli 1871, wonach (§ 23) bei dem Mangel einer Werthsdeclaration des Frachtgutes der an diesem entstandene Schaden nur nach Verhältniß des Facturawerthes zum Maximalsatz von 35 fl. per Ctr. vergütet wird. Die Tuchfabrik in E. nahm die Wolle wegen ihres durchnäßten Zustandes nur unter Vorbehalt eines Schadensersatzanspruches an. Zur Feststellung des Zustandes der Wolle wurde dieselbe auf Veranlassung der Tuchfabrik und der Bahnhofverwaltung durch eine Sachverständigencommission untersucht, welche ihr Gutachten dahin

Digitized by Google

abgab: „Die Ballen seien naß, entsprechend beschädigt, die Wolle „im gegenwärtigen Zustand wenigstens 5 Proc. weniger „werth. Sie müsse, um sie vor weiterer Entwerthung zu schützen, „getrocknet werden und betragen die Kosten des Aussackens, „Trocknens, Einsackens 1 fl. per Ctr." Demgemäß liquidirte die Tuchfabrik ihren Schaden der Kgl. württ. Eisenbahndirection gegenüber auf 5 Proc. Minderwerth am Facturabetrage = 1429 fl. 12 kr., Kosten des Trocknens von 397 Ctr. = 397 fl., zusammen 1826 fl. 12 kr. Die Eisenbahndirection anerkannte, da der Werth der Wolle nicht declarirt war, nur eine Schadensersatzpflicht nach Verhältniß des Facturawerthes zum Satze von 35 fl. per Ctr. nach § 23 des cit. Eisenbahnreglements, und wandte dieses Verhältniß auch auf die Kosten des Trocknens der Wolle an, wonach sie der Tuchfabrik 971 fl. 25 kr. anbot. Nun erhob Letztere gegen die königl. württ. Eisenbahndirection Klage auf Bezahlung von 1826 fl. 12 kr. bei dem Kreisgerichtshof in Stuttgart als Handelsgericht. Zur Begründung dieser Klage wurde vorgetragen: Obwohl der Werth der Wollensendung auf dem Frachtbriefe nicht declarirt gewesen und an sich deshalb der cit. § 23 zur Anwendung zu kommen hätte, so hafte die beklagte Eisenbahndirection doch für den vollen aus der Durchnässung der Waare entstandenen Schaden. Die Direction der Geldern'schen Dampfschifffahrtsgesellschaft habe sich nämlich laut Reverses vom 13. Januar 1873 für den aus der Durchnässung der Waare entstandenen Schaden ausdrücklich und ohne jede Einschränkung verantwortlich erklärt. Diese Verpflichtung für den vollen Schaden einzustehen, sei auch auf die weiteren Frachtführer, welche die Wolle ohne jede Verwahrung gegen den Umfang der Haftpflicht übernommen hätten, übergegangen; sie seien in die durch den Revers gesteigerte Haftpflicht eingetreten. Dieser Revers — zugestandenermaßen am 13. Januar 1873 von dem Vertreter der genannten Dampfschifffahrtsgesellschaft der Rheinischen Eisenbahngesellschaft gegenüber ausgestellt — lautet: „es „werde durch Gegenwärtiges erklärt, daß an der (fraglichen) Sen„dung von 128 Ballen Wolle, welche durch die Rheinische Eisen„bahngesellschaft zur Weiterbeförderung übernommen worden, ge„funden worden sei, daß die Ballen etwas naß und verdorben

Digitized by Google

„seien, für welchen Schaden die Direction der Dampfschifffahrts-„gesellschaft sich verantwortlich erkläre."

Jedenfalls, wurde von der Klägerin noch geltend gemacht, seien die Kosten des Trocknens der Wolle von der Beklagten ganz zu ersetzen, da auf sie § 23 des Eisenbahnreglements keine Anwendung finde und dieselben wesentlich im Interesse der Beklagten aufgewendet worden seien.

Die beklagte Eisenbahndirection bat um Abweisung der Klage, indem sie ausführte: Der Revers vom 13. Januar 1873 berühre lediglich das Verhältniß der in demselben genannten Transportgesellschaften; mittelst desselben habe die Rheinische Eisenbahngesellschaft sich nur den Regreß gegen die Dampfschifffahrtsgesellschaft sichern wollen: auf denselben könne gegen die Beklagte schon deshalb kein Anspruch gestützt werden, weil der Revers der Beklagten bei der Uebernahme des Frachtgutes nicht zur Kenntniß gekommen sei. Im Uebrigen wurde ohne weitere Begründung die Anwendbarkeit des cit. § 23 des Eisenbahnreglements auch auf die Kosten des Trocknens der Wolle behauptet.

Durch Urtheil des Kreisgerichtshofes vom 24. April 1874 wurde die beklagte Eisenbahndirection zur Bezahlung sämmtlicher durch das Trocknen der Wolle entstandenen Kosten (mit 397 fl.) verurtheilt, mit ihrem weitergehenden Anspruch die Klägerin abgewiesen. Die Entscheidungsgründe sagen: Mit dem Revers vom 13. Januar 1873 habe die Geldern'sche Dampfschifffahrtsgesellschaft nicht eine selbständige vertragsmäßige Verbindlichkeit zur Erstattung des vollen aus der Durchnässung der Wolle entstehenden Schadens gegenüber der Rheinischen Eisenbahngesellschaft übernommen. Durch den Revers habe vielmehr nur der Zustand der Wolle zur Zeit der Uebernahme derselben durch letztere Gesellschaft und weiter festgestellt werden sollen, daß die Dampfschifffahrtsgesellschaft für den aus diesem Zustand an der Wolle entstandenen Schaden der Eisenbahngesellschaft, falls diese in Anspruch genommen werde, aufkommen müsse. Das Maß, in welchem der Schaden erstattet werden solle, sei jedoch hierbei in keiner Weise in Erwägung gezogen worden. Von einem Uebergang einer durch den Revers erhöhten Haftpflicht auf die Beklagte könnte übrigens jedenfalls deshalb keine Rede sein, weil der Revers das

Digitized by Google

Frachtgut nicht begleitete, die Beklagte bei der Uebernahme und Ausführung des Transports keine Kenntniß von demselben hatte. Hiernach finde die Bestimmung des cit. § 23 des Eisenbahnreglements auf die Berechnung des Verhältnisses, in welchem der an der Wolle selbst entstandene Schaden zu ersetzen sei, Anwendung. Dagegen aber sei Beklagte zur Erstattung sämmtlicher durch das Trocknen der Wolle entstandener Kosten verpflichtet. Denn durch das auf Veranlassung beider Theile von den Sachverständigen abgegebene Gutachten sei bewiesen, daß, falls nicht sofortiges Ausfacken und Trocknen der Wolle vorgenommen wurde, die damals schon vorhandene Werthminderung (von 5 Proc. am Facturabetrag) nothwendig sich steigern mußte. Klägerin habe also dadurch, daß sie alsbald die Wolle ausfackte und trocknete, zweifellos, wenn nicht gerade im Einverständniß mit der Beklagten, so doch in deren hauptsächlichem Interesse gehandelt: denn selbstverständlich hätte die Beklagte auch für die weitere Werthsminderung entsprechenden Ersatz leisten müssen; die Klägerin habe jedenfalls demnach die Geschäfte der Beklagten geführt und sei ihr Letztere deshalb für die sämmtlichen hierfür aufgewendeten Kosten — in dem an sich unbeanstandeten Betrag von 397 fl. ersatzpflichtig.

19.

b) Wechselrecht.

Erforderniß der Angabe der Zahlungszeit im Wechsel. Zu Art. 4, Ziff. 4 der W.-O.

Urtheil des Kreisgerichtshofes Stuttgart vom 9. Juni 1874.

In einem bei dem Kreisgerichtshof eingeklagten Wechsel war die Zahlungszeit mit den Worten „auf ein Jahr zahlen Sie" angegeben. Die Wechselklage wurde abgewiesen, weil in dem Wechsel die nach Art. 4, Ziff. 4 der W.-O. erforderliche bestimmte Angabe der Zahlungszeit fehle. Die Worte „auf ein Jahr zahlen Sie", — wurde diesfalls ausgeführt — bedeuten in ihrem vulgären Sinne, daß auf solange von den Zahlenden creditirt wurde, wonach die Zahlungszeit selbst zunächst unbestimmt gelassen sei. — Jedenfalls wäre mit diesen Worten die Zahlungszeit in ganz un-

Digitized by Google

sicherer Weise angegeben, indem die Worte weder nach der im Wechselverkehr bestehenden Uebung, noch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als gleichbedeutend mit „ein Jahr à dato zahlen Sie" — genommen werden können.

20.

Erforderniß der bestimmten Bezeichnung des Zahlungsortes im Wechsel.

(Art. 4, Ziff. 8 der W.-O.)

Urtheil des Kreisgerichtshofes in Stuttgart als Handelsgericht vom 2. Juni und 1. September 1874.

Am 9. April 1874 zog R. G. in E. einen Wechsel über 230 fl., zahlbar an eigene Ordre am 15. Mai 1874 auf H. Sch. Als Adresse stand auf dem Wechsel Herrn H. Sch. in Ulm, resp. Berg. Der Wechsel wurde vom Bezogenen angenommen.

Die von R. G. gegen H. Sch. erhobene Wechselklage wurde durch Urtheil des Handelsgerichtes vom 2. Juni 1874 abgewiesen — wegen Unbestimmtheit des Zahlungsortes. Die Entscheidungsgründe sagen: Auf dem eingeklagten Wechsel seien mehrere Zahlungsorte Ulm — Berg — bezeichnet. Die allg. D. W.-O. Art. 4, Ziff. 8 verlange aber, daß der Zahlungsort im Wechsel bestimmt bezeichnet sei; die Angabe mehrerer Zahlungsorte sei mit diesem Erforderniß der Bestimmtheit des Zahlungsortes unvereinbar, der Wechsel also nach Art. 7 der Wechselordnung als solcher ungültig.

Im Wesentlichen aus den gleichen Gründen wurde durch Urtheil vom 1. September 1874 die Wechselklage von R. in Stuttgart gegen H. Sch. abgewiesen. Als Adresse des Beklagten (Bezogenen) stand auf dem hier in Frage gekommenen Wechsel: „Herrn H. Sch. in Ulm und Berg."

Digitized by Google

21.

Der Besitz des Wechsels als Erforderniß für die Sachlegitimation des Wechselklägers.

(Zu Art. 36 der W.-O.)

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichtes in Stuttgart vom 6. Juni 1874 in der Berufungssache Wörnle ca. Locher und Gen.

Am 27. December 1869 zog Johannes Locher in St. einen Wechsel über 6450 fl., zahlbar drei Monate à dato an eigene Ordre auf Jacob Stäbler in St. Der Wechsel wurde von dem Bezogenen acceptirt, auch wurden vier Blancoindossamente des Joh. Locher, A. Schweizer, J. G. Hummel und Carl Pfander auf denselben gesetzt. Am 28. März 1870 ließ C. F. Wörnle als Inhaber des Wechsels denselben Mangels Zahlung protestiren und erhob am 2. April 1870 unter Vorlegung des Wechsels und der Protesturkunde Wechselklage gegen Locher, Schweizer, Hummel und Pfander. Diese bestritten die Aechtheit ihrer Wechselunterschriften und leisteten den Diffessionseid, worauf Wörnle die Klage zurücknahm. Der Wechsel und die Protesturkunde wurden dem Wörnle auf seine Bitte zurückgegeben, wobei übrigens Wörnle erklärte, daß der Wechsel dem A. St. Schmidt in M. eigenthümlich gehöre. Nun erhob Letzterer am 31. März 1873 unter Vorlegung des Wechsels und der Protesturkunde Wechselklage gegen den Acceptanten Stäbler und erwirkte ein verurtheilendes Erkenntniß, welches jedoch wegen Mangels an Executionsmitteln nicht vollstreckt werden konnte. Am 5. Juni 1873 stellte Schmidt den Antrag auf Einleitung des Strafverfahrens gegen Locher, Hummel und Pfander (Schweizer war inzwischen gestorben) wegen Meineids und sie wurden dann auch für schuldig erkannt, den Diffessionseid wissentlich falsch geschworen zu haben, und wegen Meineids verurtheilt.

Jetzt erneuerte Wörnle am 14. Novbr. 1873 die von ihm früher zurückgenommene Wechselregreßklage gegen Locher, Hummel und Pfander, in welcher zugleich für den Kläger, der durch die auf dem Wechsel befindlichen Blancoindossamente zur Klage legitimirt sei, wegen des Meineids der Beklagten um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Klageverzicht und die Verjährung

Digitized by Google

der Wechselansprüche nachgesucht wurde. Da zur Zeit der Einreichung der Klage der Wechsel bei den Untersuchungsacten und die Protesturkunde bei den Acten in Sachen Schmidt gegen Stäbler sich befand, wurde geboten, diese Acten denjenigen des nunmehrigen Processes beizuschließen. Nachdem aber bei der mündlichen Verhandlung am 17. Februar 1874 die Legitimation des Klägers wegen mangelnden Besitzes des Wechsels bestritten und die Verhandlung auf den Antrag beider Parteien vertagt worden war, verlangte A. St. Schmidt den Wechsel und die Protesturkunde zurück, indem er bemerkte, daß er die Ansprüche aus dem Wechsel auf Wörnle übertragen habe, damit dieser in derselben Weise, wie im Jahr 1870 die aus dem Wechsel und dem Meineid der Giranten resultirenden Ansprüche in eigenem Namen für Rechnung des Schmidt geltend mache. Hierauf wurden der Wechsel und die Protesturkunde an Schmidt ausgefolgt und sodann von Wörnle mit der von ihm am 16. März 1874 eingereichten schriftlichen Replik dem Proceßgerichte unter Anschluß einer wiederholten Erklärung des Schmidt vorgelegt, daß dieser den Wechsel an Wörnle abtrete, damit Letzterer auf Grund des Wechsels und des Meineids der Giranten alle Ansprüche gerichtlich geltend mache. Beklagterseits wurde jedoch demungeachtet an der Bestreitung der Activlegitimation des Klägers festgehalten und eventuell die Einrede der Klageänderung geltend gemacht. Das Kreisgericht erachtete beide Einwendungen als gegründet und wies demgemäß die Klage ab, indem in den Entscheidungsgründen ausgeführt wurde:

Der Kläger müsse, um mit seinem Anspruch durchzudringen, schon beim Beginne des Rechtsstreites Inhaber des eingeklagten Wechsels gewesen sein, und zwar sei nach Art. 328 der württ. C.-P.-O. der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, welcher mit Zustellung der Klage eintrete, maßgebend. Der Art. 854 der württ. C.-P.-O., wonach im Wechselverfahren der Kläger die Urkunden, auf welche die Klage sich stütze, wenigstens 24 Stunden vor der anberaumten Tagfahrt auf der Gerichtskanzlei niederzulegen habe, treffe keine Abänderung hinsichtlich des entscheidenden Zeitpunktes für die Begründung des streitigen Rechtes. Im vorliegenden Falle habe jedoch der Kläger nicht darzuthun vermocht, daß er schon bei Zustellung der Klage Inhaber des Wechsels gewesen sei. Der Wechsel

Digitized by Google

und die Protesturkunde seien damals bei andern Gerichtsacten gelegen und das Gericht habe sie für A. St. Schmidt in Verwahrung gehabt, welcher als durch Blancoindossament legitimirter Wechselinhaber mit seiner Wechselklage gegen J. Stäbler jene Urkunden zuletzt zu Gerichtshanden gebracht gehabt habe. Wenn Schmidt den Besitz auf den Kläger habe übertragen wollen, so habe dies durch bloße Willensübereinstimmung Beider (durch constitutum possessorium), selbst wenn dieselbe hinreichend zum Ausdruck gekommen wäre, nicht geschehen können. Denn Schmidt, welcher den Wechsel und Protest nicht in Händen gehabt, sei thatsächlich nicht in der Lage gewesen, dieselben zur Verfügung des Klägers zu halten. Das Gericht aber, in dessen Händen Wechsel und Protest sich befunden, habe nicht gewillt sein können, dieselben fortan für den Kläger aufzubewahren, da es eine entsprechende Anzeige von Schmidt nicht erhalten habe. Auch in der Klagschrift sei weder eine solche Anzeige an das Gericht, noch ein Act der Uebertragung an den Kläger behauptet. Demgemäß sei auch das Gericht selbst noch bei der Tagfahrt vom 17. Febr. 1874 nicht in der Lage gewesen, den Wechsel und Protest an den Kläger zu verabfolgen. Die in der Klagschrift enthaltene Berufung auf das Blancoindossament des Wechsels habe nicht genügen können, da durch dieses nur der Inhaber des Wechsels legitimirt werde, als solcher aber durch die in Bezug genommenen Gerichtsacten ein Dritter nachgewiesen gewesen sei. Was sonst noch im Laufe des Rechtsstreites von klägerischer Seite beigebracht worden, ergebe nicht weiter, als daß die Absicht bestanden habe, den Wechsel an den Kläger zu übertragen, und daß der Wechsel nach eingetretener Rechtshängigkeit dem Kläger überlassen worden. Die Geltendmachung eines hierdurch neu erworbenen Rechtes enthalte aber eine Aenderung der Klage und könne daher beim Widerspruch der Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zugelassen werden (Art. 330 der württ. C.-P.-O.).

Anderer Ansicht war das Landesoberhandelsgericht, welches die Beklagten verurtheilte. In den Entscheidungsgründen wurde bezüglich der Einwendung, daß der Kläger zur Sache nicht legitimirt sei, sowie bezüglich der damit in Verbindung stehenden Einrede der unzulässigen Klageänderung ausgeführt:

Digitized by Google

Der Kläger, welcher den Wechsel nach Verfall Mangels Zahlung hatte protestiren lassen, war zur Verfallzeit der durch die auf dem Wechsel befindlichen Blancoindossamente legitimirte Inhaber des Wechsels. Durch dieselben Blancoindossamente ist der Kläger, welcher den Wechsel und die Protesturkunde im Verfahren erster Instanz mit seiner schriftlichen Replik vorgelegt hat, auch jetzt als Eigenthümer des Wechsels legitimirt (Art 36 der W.-O.).

Zwar wurde der Wechsel von dem Kläger nach dem Protest und nach erfolgter Zurücknahme der früheren Klage, unter Benutzung der auf dem Wechsel bereits befindlichen Blancoindossamente, auf Schmidt übertragen, welcher als nunmehriger durch jene Blancoindossamente legitimirter Wechselinhaber die Wechselklage gegen den Acceptanten erhob und mit dieser Klage Wechsel und Protesturkunde dem Gerichte vorlegte, und erst am 3. März 1874, nach bereits eingetretener Rechtshängigkeit der gegenwärtigen Klage wurden beide Urkunden dem Schmidt zurückgegeben und sodann von dem Anwalt des Klägers mit der von ihm in gegenwärtigem Proceß eingereichten Replik dem Proceßgerichte vorgelegt. Allein der Umstand, daß der in Blanco indossirte Wechsel, aus welchem geklagt wird, in dem Zeitpunkte des Eintritts der Rechtshängigkeit der Klage noch in den Händen eines Dritten sich befand, hat nicht die Wirkung, daß nunmehr eine Aenderung der Klage vorliegt. Den Klagegrund bildet der Wechsel in Verbindung mit der Protesturkunde, und zwar ist für die Klagebegründung (einschließlich der Legitimationsfrage) maßgebend die Form, in welcher der Wechsel zur Zeit der Erhebung der Klage sich darstellt. An der Form des Wechsels ist seit der Erhebung der Klage (sogar seit der Protesterhebung) Nichts geändert worden, es ist kein neues Indossament hinzugekommen und keines der bereits vorhandenen Indossamente ausgefüllt oder durchstrichen worden, und der Kläger stützt seine Legitimation, zu deren Begründung er seinen Auctor nicht zu benennen hat, auf dieselben Blancoindossamente, auf welche er sie schon in der schriftlichen Klage gestützt hat. Durch diese Blancoindossamente ist der Kläger als Eigenthümer des Wechsels legitimirt, vorausgesetzt, daß er Inhaber ist. Zur Herstellung der Legitimation des Klägers ist also noch weiter das Hinzutreten der Thatsache erforderlich, daß der Kläger den Wechsel besitzt, wie

Digitized by Google

denn die Geltendmachung des Rechtes aus dem Wechsel stets durch den Besitz des Wechsels bedingt ist. Der Wechselbesitz des Klägers wird im Wechselverfahren dadurch festgestellt, daß das Original des Wechsels vom Kläger dem Gerichte vorgelegt wird. Die Vorlegung des Originals hat aber nach dem Gesetze (Art. 854 der württ. C.-P.-O.) nicht nothwendig mit der Klage zu erfolgen, welcher nur mindestens eine Abschrift beizulegen ist, sondern sie kann auch im weiteren Verlaufe des Verfahrens geschehen. Die Bedingung des Wechselbesitzes des Klägers ist erfüllt, wenn der Kläger in demjenigen Stadium des Verfahrens, in welchem er das Original dem Gerichte vorzulegen hat, im Stande ist, dieses zu thun. Hat der Kläger im Laufe des Wechselverfahrens das Original des Wechsels vorgelegt und ist der Wechsel nach derjenigen Form, die er schon zur Zeit der Erhebung der Klage hatte, geeignet, die Legitimation des Klägers zu begründen, so ist der Kläger zur Geltendmachung des Wechselanspruchs legitimirt und es kommt für die Legitimationsfrage nicht darauf an, ob er den Wechsel schon zur Zeit der Erhebung (oder der Zustellung) der Klage in Händen hatte, wenn nur die Indossamente, auf welche er seine Berechtigung stützt, schon damals auf dem Wechsel vorhanden waren. Die oben erwähnte processualische Bestimmung hat gerade den Zweck, dem Wechselgläubiger, auch bevor der Wechsel selbst in seinen Besitz gelangt ist, die Erhebung der Wechselklage und die Rechtshängigmachung der Sache zu ermöglichen, was bei den kurzen Verjährungsfristen von practischer Wichtigkeit ist.

Für die Legitimation des Klägers ist es auch unerheblich, ob der Wechsel dem Kläger von Schmidt als Eigenthum oder nur zu Vollmachtszwecken überlassen werden wollte. Denn diese Frage betrifft nur das Verhältniß zwischen dem Kläger und Schmidt unter sich; den Wechselschuldnern gegenüber ist der Kläger jedenfalls durch die auf den Wechsel befindlichen reinen Indossamente als Eigenthümer des Wechsels legitimirt.

Digitized by Google

22.

Ist der Verzicht auf die Einrede der Wechselverjährung zulässig?

Zu Art. 80 der W.-O.

Urtheil des Kreisgerichtshofes in Stuttgart v. 27. Oct. 1873.

Die Wittwe H. von Stuttgart erhob im October 1873 als Rechtsnachfolgerin ihres im Jahre 1872 verstorbenen Mannes Wechselklage gegen E. S. von Stuttgart auf Grund eines am 2. April 1867 von dem Ehemann der Klägerin auf den Beklagten E. S. gezogenen, von Letzterem angenommenen Wechsels über 1516 fl. zahlbar am 1. Mai 1867 an eigene Ordre. Auf dem Wechsel — der Vorderseite desselben — steht von der Hand des Beklagten geschrieben: „Ich verzichte auf die Verjährungs-Einrede. Stuttgart, 1. Mai 1870. E. S."

In der Begründung der auf Bezahlung des, über Abzug mehrerer Abschlagszahlungen gebliebenen Restes der Wechselforderung gerichteten Klage wurde geltend gemacht: Am 1. Mai 1870 sei der Wechsel dem Beklagten E. S. vorgezeigt worden und habe hierbei Letzterer in der aus dem Wechsel ersichtlichen Weise rechtsgiltig auf die Einrede der Verjährung verzichtet.

Der Beklagte bat um Abweisung der Klage. Er berief sich darauf, der Wechsel sei mit dem 1. Mai 1870 verjährt. Mit dem von ihm an diesem Tag auf den Wechsel geschriebenen Verzicht auf die Verjährungseinrede habe nach der ausgesprochenen Intention des Ehemannes der Klägerin, welcher die rechtzeitige Anstellung der Klage und die Bewirkung der Zustellung derselben versäumt und deshalb die Verzichtserklärung von dem Beklagten verlangt habe, die Verjährung unterbrochen werden sollen. Unterbrechung der Wechselverjährung werde aber nach Art. 80 der W.-O. nur durch Klagebehändigung bewirkt und könne der Wechselverjährung überhaupt nicht entsagt werden. Durch Urtheil des Handelsgerichtes vom 27. Octbr. 1873 wurde die Klage abgewiesen.

Gründe: Eine Unterbrechung der Verjährung wurde durch die von dem Beklagten am 1. Mai 1870 abgegebene Erklärung nach bestimmter Vorschrift des Art. 80 der A. D. Wechselordnung nicht bewirkt.

Digitized by Google

Dem von dem Beklagten ausgesprochenen Verzicht auf die Verjährung aber muß in der Form, wie er ausgesprochen ist, im Wechselverkehr die Giltigkeit abgesprochen werden. Durch einen solchen Verzicht würde in einer zur Begründung einer Wechselobligation nicht genügenden Form die Wechselverbindlichkeit geradezu perpetuirt, was der formalen Natur des Wechsels, der auf ihm beruhenden Wechselobligation, sowie seinem Zwecke, wonach mittelst desselben in genau bestimmten Fristen das Wechselgeschäft abgewickelt werden soll, widerspricht. Unter Umständen könne eine Erklärung, wie Beklagter sie am 1. Mai 1870 abgab, zum Fundament eines civilrechtlichen Anspruchs dienlich sein; ein wechselmäßiger Anspruch werde aber hierdurch nicht begründet.

23.

Mangelhafte Beschaffenheit der in die Protesturkunde aufgeommenen Wechselabschrift.

(Zu Art. 88, Ziff. 1 der W.-O.)

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichtes v. 21. März 1874 in der Berufungssache Neuburger ca. Deutsche Vereinsbank.

Einer Wechselregreßklage wurde entgegengehalten, daß die in der Protesturkunde enthaltene Wechselabschrift mit dem eingeklagten Wechsel insofern nicht übereinstimme, als in der Abschrift der Name des Ausstellers und ersten Indossanten nicht wie in dem Wechsel „J. H. Neuburger", sondern „J. H. Nickelsburg" laute, diese Abweichung aber einen wesentlichen Mangel des Protestes begründe. Die Einwendung wurde verworfen und es besagen die Gründe zu dem Urtheil des Landesoberhandelsgerichtes:

Die Bestimmung des Art. 88, Ziff. 1 der W.-O., wonach der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels oder der Copie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen enthalten muß, hat lediglich den Zweck, daß durch die in den Protest aufzunehmende Abschrift die Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels nachgewiesen werde. Nach diesem Zwecke des Gesetzes ist die wörtliche Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original nur insoweit für ein wesentliches

Digitized by Google

Erforderniß des Protestes zu erachten, als jene Uebereinstimmung zur Herstellung der Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels erfordert wird. Finden sich daher in der Abschrift Abweichungen von dem Inhalt des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels, so ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen, ob die Abweichungen von der Art sind, daß dadurch die Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels wirklich ungewiß wird, und ist dies nicht der Fall, so wird durch die vorhandenen Abweichungen ein wesentlicher Mangel des Protestes nicht begründet.*) Die hier vorliegende Abweichung der Abschrift von dem eingeklagten Wechsel ist nun, obgleich sie einen wesentlichen Bestandtheil des Wechsels, den Namen des Ausstellers und Indossanten betrifft, nicht geeignet, die Identität des protestirten und des eingeklagten Wechsels zweifelhaft zu machen. Der Name „Neuburger" ist in dem vorgelegten Wechsel beidemal so undeutlich geschrieben, daß hierin die in der Abschrift enthaltene Abweichung („Nickelsburg" statt „Neuburger") ihren Erklärungsgrund findet. Dieser Erklärungsgrund wird dadurch nicht beseitigt, daß dem gebrauchten Wechselformular die Firma „J. H. Neuburger" aufgedruckt ist und somit bei gehöriger Aufmerksamkeit der Fehler in der Ab-

*) Vergl. die Entsch. des Obertribunals in Stuttgart vom 15. Novbr. 1864, 20. Decbr. 1864, 21. Januar 1865 u. 15. Febr. 1867 in Seuffert's Archiv, Bd. XXI, Nr. 155, S. 265 ff. (zum Theil auch mitgetheilt in Löhr's Centralorgan für Handels- u. Wechselrecht Bd. II, S. 103—107 und in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. VI, S. 286 ff.); desgl. die Entsch. anderer obersten Gerichte in Seuffert's Archiv Bd. V, Nr. 223; Bd. VII, Nr. 239; Bd. IX, Nr. 64; Bd. XI, Nr. 288; Bd. XIII, Nr. 120, 175; Bd. XVI, Nr. 244; Bd. XX, Nr. 179; Samml. der Lübecker Entscheid. in Hamburger Rechtssachen Bd. II, Abth. 1, S. 213; Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. III, S. 193 f., 226 f., 351 f.; Bd. IV, S. 174; Bd. V, S. 339; Bd. VII, S. 233 f., 243; Bd. IX, S. 77—83; Borchardt, W.-O. S. 246; Kletke, Präj. Bd. I, S. 242, Nr. 64; ferner L. Wächter im Archiv f. deutsch. Wechselrecht Bd. VII, S. 242, 246; Gelpke, Zeitschr. Heft 3, S. 155—162 und im Archiv f. deutsch. Wechselrecht Bd. II, S. 66; Thöl, Handelsrecht, 2. Aufl., Bd. II, § 225, S. 289; Biener, wechselrechtliche Abhandlungen, S. 343; Entsch. des R.-O.-H.-Gs. Bd. I, Nr. 39; Bd. VIII, Nr. 20. Der strengeren Ansicht neigen sich zu Renaud, Wechselrecht § 26; Hoffmann, W.-O. § 117, S. 616; Koch, W.-R. S. 336.

Digitized by Google

schrift um so leichter hätte vermieden werden können. In allen übrigen Theilen aber, insbesondere auch in Hinsicht der weiter folgenden Indossamente stimmt die Abschrift mit dem vorgelegten Original wörtlich und aufs Genaueste überein und es ist kaum denkbar, daß neben dem von dem Beklagten ausgestellten Wechsel ein zweiter von einem Dritten ausgestellter Wechsel von so vollständiger, auf alle einzelnen Theile sich erstreckenden Gleichheit des Inhalts existirt habe. Hierzu kommt, daß der Protest auf den Antrag derselben Person aufgenommen wurde, auf deren Namen das letzte Indossament des von dem Beklagten ausgestellten Wechsels lautet. Es ist sonach die Identität des Wechsels durch die Protesturkunde, ungeachtet der in der Wechselabschrift enthaltenen Abweichung, außer Zweifel gestellt.*)

24.

c) Versicherungsrecht.

Lebensversicherung auf Gegenseitigkeit; Anspruch des Versicherten auf die Dividende; Frist für dessen Geltendmachung.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Mai 1874 in der Berufungssache der Lebensversicherungsbank Stuttgart ca. Stimmel'sche Erben.

Hofrath St., welcher am 29. October 1858 in Folge von sich selbst beigebrachten Stichwunden starb, hatte sein Leben bei der Stuttgarter Lebensversicherungsbank zu Gunsten seiner Erben mit 17,500 fl. versichert.

Die Lebensversicherungsbank in Stuttgart ist eine auf Gegenseitigkeit beruhende Versicherungsanstalt. Nach § 8 der Statuten bilden die in dem Gesammtvermögen der Bank begriffenen reinen Ueberschüsse, welche sich je bei der am Schlusse des Jahres gezogenen Bilanz ergeben, den zum Hülfsmittel für außerordentliche Fälle bestimmten Sicherheitsfond und dieser kommt, soweit er zur

*) Die gegen diese Entscheidung bei dem Reichsoberhandelsgericht erhobene Nichtigkeitsklage ist durch Urtheil dieses Gerichtes vom 24. Juni 1874 als ungegründet verworfen worden.

Digitized by Google

Deckung der Unzulänglichkeit der Einnahmen späterer Jahre nicht erforderlich ist, im sechsten Jahre als Dividende unter die Theilhaber der Anstalt zur Vertheilung. In Betreff dieser Dividenden bestimmt der § 9, Abs. 1: „An dem Ueberschusse, welcher (§ 8) nach fünfjähriger Zurückbehaltung zur Vertheilung kommt, erhalten die Theilhaber desjenigen Jahres, aus welchem die Dividende herrührt, nach dem Verhältniß der von ihnen in jenem Jahre eingezahlten Prämien einen Antheil ...." (Abs. 2.) „Die Dividende wird ..... bei erloschenen Versicherungen durch Baarzahlungen auf die Dividendenscheine gewährt, welche den Inhabern der erloschenen Policen gegen Zurückgabe der letztern ausgefolgt werden." (Abs. 3.) „Den Betrag der fälligen Dividende, in Procenten der Prämie ausgedrückt, wird alljährlich öffentlich bekannt gemacht." (Abs. 4.) „Werden binnen zwei Jahren von dieser Bekanntmachung an die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben, so verliert der Berechtigte seine Ansprüche auf diese Dividenden, welche der Anstalt als Eigenthum zufallen."

Im § 53 ist bestimmt: „Werden die (nach einem Todesfall) übergebenen Documente von der Bank nicht beanstandet, so wird die Versicherungssumme drei Monate nach dem Einlaufen der Papiere an den Inhaber der Police gegen Rückgabe derselben baar in Stuttgart ausbezahlt." In den Policen aber ist gesagt: „Kraft dieser Versicherung machen wir uns im Namen der Bank verbindlich, wenn die Bedingungen der Bankstatuten erfüllt sind, nach dem Tode des Versicherten dem Inhaber dieses Versicherungsscheines gegen Rückgabe desselben nicht nur die versicherte Summe auszubezahlen, sondern ihm auch zur dereinstigen Erhebung der noch rückständigen Dividenden nach § 9 der Statuten die erforderlichen Scheine auszuhändigen."

Nach dem Ableben des Hofraths St. verweigerte die Bank dessen Erben die Ausbezahlung der Versicherungssumme, weil Hofrath St. sich selbst entleibt habe. Dagegen wurde den Erben mittelst Schreiben vom 22. Decbr. 1858 seiten der Bank mitgetheilt, daß ihnen die Dividenden und die Vergütung aus dem Deckungscapital gesichert bleiben, das Bankbureau daher bereit sei, gegen Zurückgabe der Policen das volle Deckungscapital im

Digitized by Google

Betrage von 289 fl. nebst den betreffenden Dividenden auszubezahlen, letztere durch Ausfolgung von Dividendenscheinen, welche von 1859—1863 eingelöst werden. Dieses Offert wurde von den Erben zurückgewiesen. In einem späteren Vergleichsvorschlag der Bank vom 3. Nov. 1859 war der Anspruch der Erben auf das Deckungscapital und auf die Dividenden nur bedingt anerkannt. Auch dieser weitere Vergleichsvorschlag wurde von den Erben abgelehnt.

Am 14. Juli 1860 erhoben die St.'schen Erben gegen die Lebensversicherungsbank gerichtliche Klage auf Bezahlung der Versicherungssumme und Aushändigung der zur Erhebung der noch rückständigen Dividenden erforderlichen Scheine, indem zugleich bemerkt wurde, daß die Rückgabe der Policen für diesen Fall keinen Anstand unterliege. Bezüglich des Deckungscapitals und der Dividenden wurde in einer mündlichen Verhandlung vom 12. Mai 1862 bemerkt, daß hierüber unter den Parteien kein Streit obwalte, und in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil erster Instanz vom 8.—15. Novbr. 1862, welches im Uebrigen die Klage abwies, wurde bemerkt, daß den Klägern ihre beklagterseits anerkannten statutenmäßigen Ansprüche auf das Deckungscapital und die Dividenden vorbehalten bleiben. In den Verhandlungen zweiter Instanz kam der Anspruch auf die Dividenden nicht mehr zur Sprache, und auch in dem Urtheil der zweiten Instanz vom 13.—14. Juni 1864, welches die beklagte Bank in der Hauptsache theils bedingt, theils unbedingt verurtheilte, wurde der Dividenden nicht mehr erwähnt, dagegen hinsichtlich des Deckungscapitals ausgesprochen, daß es bei dem Anerkenntniß der Beklagten sein Verbleiben habe. Dies veranlaßte die Kläger, in ihrer bei dem Obertribunal eingereichten Beschwerdeschrift die Bitte zu stellen, auch bezüglich der Verpflichtung der Beklagten zur Aushändigung der Dividendenscheine auszusprechen, daß es diesfalls bei dem Anerkenntniß der Beklagten sein Verbleiben habe. Die Beklagte erwiderte in ihrer Vernehmlassung, daß sie bereits im Decbr. 1858 den Klägern die Verabfolgung der Dividendenscheine angeboten habe und gegen diese Scheine gar nicht gestritten worden sei, daher es auch keines richterlichen Ausspruchs hierüber bedürfe. In den Gründen zu dem Urtheil des Obertribunals vom 11. Mai 1866

Digitized by Google

wurde auf diese Erklärung hingewiesen, wonach bezüglich der Dividendenscheine kein Streit bestehe, im Uebrigen wurde die Beklagte theils bedingt, theils unbedingt verurtheilt und es sind, nachdem die Eide, durch welche die Verurtheilung bedingt war, abgeschworen worden, und am 30. Juni 1866 ein unbedingtes Urtheil ergangen war, die urtheilsmäßigen Beträge gegen Rückgabe der Police von der Beklagten an die Kläger ausbezahlt worden. Die Ausfolge der Dividendenscheine wurde von der Beklagten aber nunmehr aus dem Grunde verweigert, weil der Anspruch der Kläger auf die Dividenden nach Maßgabe des § 9 der Statuten verwirkt sei, indem die in diesem § festgesetzte zweijährige Frist inzwischen abgelaufen war.

Die St.'schen Erben erhoben daher am 2. Januar 1868 neue Klage gegen die Lebensversicherungsbank auf Bezahlung der Dividenden nebst Verzugszinsen, und diese Klage wurde für begründet erkannt. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen hierüber:

Nach § 9, Abs. 2 der Statuten wird die Dividende bei erloschenen Versicherungen durch Baarzahlungen auf die Dividendenscheine gewährt, welche den Inhabern der erloschenen Policen gegen Zurückgabe der letztern ausgefertigt werden, und in § 9, Abs. 4 ist bestimmt, daß, wenn binnen zwei Jahren von der in Abs. 3 vorgeschriebenen alljährlichen Bekanntmachung an die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben worden, der Berechtigte seinen Anspruch auf diese Dividenden verliere, welche der Anstalt als Eigenthum zufallen.

Die Bestimmung des Abs. 4 hat hiernach zwar zunächst den Fall im Auge, wenn dem Inhaber der erloschenen Police die Dividendenscheine ausgefertigt sind, aber die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben worden. Allein da die Dividendenscheine das Mittel zur Erhebung der Dividenden sind und ihr Bezug der Erhebung der Dividenden regelmäßig voranzugehen hat, so ist davon auszugehen, daß unter die Bestimmung des Abs. 4 auch der Fall zu subsumiren ist, wenn binnen der zweijährigen Frist von dem Berechtigten weder die Dividendenscheine bezogen noch die Dividenden erhoben werden.

Durch die Worte des Abs. 4: „werden binnen zwei Jahren

Digitized by Google

die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben" ist ausgedrückt, daß es eine Unterlassung auf Seiten des Forderungsberechtigten, die Unterlassung einer ihm obliegenden Handlung ist, an welche der Verlust des Anspruchs als Folge geknüpft ist. Die Bestimmung ist daher in dem Sinne aufzufassen, daß der Berechtigte seinen Anspruch verliert, wenn er binnen der zwei Jahre unterlassen hat, die von seiner Seite zur Erhebung der Dividenden erforderlichen Schritte zu thun, daß dagegen der Eintritt des Verlustes ausgeschlossen ist, wenn innerhalb der Frist von Seiten des Berechtigten der Bank gegenüber dasjenige geschehen ist, was von seiner Seite vertragsmäßig zur Erhebung der Dividenden zu geschehen hatte.

Letztere Voraussetzung trifft in vorliegendem Falle zu. Die Kläger haben, bald nach Beginn der für die ältesten Dividenden laufenden Frist, mit der Klage auf Bezahlung der Versicherungssumme zugleich den Anspruch auf Aushändigung der zur Erhebung der Dividenden erforderlichen Scheine erhoben und gegen Befriedigung dieser Ansprüche zur Zurückgabe der Policen, welche sie mit ihrer Klage dem Gerichte vorgelegt hatten, sich bereit erklärt. Zwar haben die Parteien bei der Verhandlung vom 12. Mai 1862 erklärt, daß über die Dividenden kein Streit bestehe, und die Beklagte behauptet, daß schon damals der Dividendenanspruch der Kläger unbedingt und unabhängig von dem Ausgange des Streites über die Versicherungssumme von ihr anerkannt gewesen sei. Allein wenn dies auch der Fall war, so kann doch den Klägern daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß sie die Policen nicht sofort zum Behufe des Bezuges der Dividendenscheine zurückgaben. Die Beklagte war verpflichtet, gegen Zurückgabe der Police deren Inhabern nicht nur die Dividendenscheine auszuhändigen, sondern auch die Versicherungssumme auszubezahlen. (Auch die letztere Verpflichtung bestand schon damals, obschon sie noch nicht rechtskräftig war.) Wenn auch jede dieser beiden Verpflichtungen unter ihren besondern statutenmäßigen Bestimmungen steht, so treffen beide doch darin zusammen, daß beide Leistungen an den Inhaber der Police und gegen Zurückgabe der Police zu geschehen haben. Da die Kläger berechtigt waren, gegen Zurückgabe der Police die vollständige Leistung dessen zu verlangen, was die Beklagte gegen

Digitized by Google

die Zurückgabe der Police statutenmäßig zu leisten hatte, so war während der ganzen Dauer des Vorprocesses, auch nach erfolgter Anerkennung des Dividendenanspruchs die Unterlassung der Zurückgabe der Police dadurch gerechtfertigt, daß die Beklagte den einen Theil der ihr gegen die Zurückgabe obliegenden Leistungen (die Ausbezahlung der Versicherungssumme) verweigerte. Die sofortige Zurückgabe der Police an die Beklagte konnte den Klägern um so weniger zugemuthet werden, da die von der Beklagten verweigerte Leistung die Hauptleistung war und es sich um Papiere handelte, welche ihren Inhaber zur Empfangnahme der Zahlung legitimiren. Wenn daher infolge der unterlassenen Zurückgabe der Police die Aushändigung der Dividendenscheine unterblieb, so sind nicht die Kläger, sondern es ist die Beklagte hierfür verantwortlich, durch deren Verhalten die Kläger an der rechtzeitigen Zurückgabe der Policen gehindert waren. So lange aber den Klägern keine Dividendenscheine ausgefolgt waren, ist es ihnen auch nicht als Versäumniß anzurechnen, daß sie keinen Versuch machten, die Dividenden selbst zu erheben. Denn ohne Dividendenscheine konnten sie nach dem § 9 der Statuten zur Erhebung der Dividenden sich nicht als legitimirt betrachten.

25.

Entscheidung des Appellationsgerichts zu Wiesbaden.

Mitgetheilt von Herrn Rechtsanwalt Dr. Herz in Wiesbaden.

Wechselrecht.

Art. 36, 45 und 91 der Wechselordnung. Legitimation zum Zahlungsempfang und Antrag auf Protesterhebung. Unterlassene Benachrichtigung von der letzteren. Ort derselben.

1. Instanz, Kreisgericht Wiesbaden, 7. März 1874.
2. Instanz, Appell.-Gericht Wiesbaden, 11. April 1874.*)

Creditcasse Rödelheim ca. Jäger daselbst.

Der streitige Wechsel ist gezogen auf Anthes in Frankfurt und zahlbar bei der Creditcasse zu Rödelheim und an diese in-

*) Ein weiteres Rechtsmittel wurde nicht eingelegt.

Digitized by Google

dossirt. Protest ist erhoben auf Antrag des Rechners Ahlers des Creditvereins Rödelheim durch den competenten Amtsrichter zu Homburg bei Ahlers, mit dessen Einverständniß auf dem Bureau des Beamten zu Homburg. Benachrichtigung von der Protesterhebung ist nicht rechtzeitig erfolgt. Aus letzterem Umstande macht der im Regreßwege beklagte Indossant einredeweise geltend, daß der Acceptant zur Verfallzeit — 6. December 1873 — zahlungsfähig gewesen, er sei aber seitdem, insbesondere seit Ende Januar 1874, in Folge der Veräußerung seines ganzen Vermögens insolvent geworden, bei zeitiger Regreßnahme hätte Beklagter keinen Verlust erlitten, durch die verzögerte Benachrichtigung, die erst am 27. Februar erfolgt, sei dem Beklagten daher ein der Wechselsumme gleichkommender Schaden erwachsen.

Königliches Kreisgericht Wiesbaden hat nach der Klagebitte verurtheilt: Der Wechsel sei ein domicilirter, das in Art. 91 der W.-O. bezüglich eines andern Orts der Protesterhebung vorgesehene Einverständniß liege hier vor, da der Wechselberechtigte und Domiciliat, welche durch eine Person (Ahlers) vertreten gewesen, sowie der protestirende Beamte bezüglich des Orts der Protestaufnahme einverstanden gewesen. (Borchardt, Ausgabe 5, S. 568; Renaud, Wechselrecht, S. 112.) Ahlers aber sei als Vertreter der Klägerin abgesehen von dem Giro auch durch den Besitz des Wechsels zu den fraglichen Handlungen legitimirt gewesen, die vorerwähnte Compensations-(Schadensersatz-)Einrede endlich sei thatsächlich völlig unsubstantiirt.

In Folge Appellation des Beklagten wurde vom Königl. Appellationsgericht Wiesbaden die Klage abgewiesen: Wenn man auch annehmen könne, daß der Rechner des Creditvereins Ahlers mit dem in der Proceßvollmacht als Vorstandsmitglied aufgeführten Cassirer der Creditcasse Ahlers identisch und deshalb und durch den Besitz des Wechsels zum Antrag auf Protesterhebung legitimirt war, so werde hierdurch doch der Einwand des Beklagten, daß Präsentation und Protestaufnahme, wenn auch mit Einverständniß des Ahlers, auf dem Bureau des Amtsgerichts Homburg und nicht in dem Geschäftslocal der Klägerin erfolgte, nicht beseitigt. Unter dem in § 91 der W.-O. vorgesehenen Einverständniß sei dasjenige des Protestaten und des protestirenden

Digitized by Google

Beamten zu verstehen; es wären danach hier nur die statutenmäßigen Vertreter der Creditcasse, denen gegenüber auch die Protestaufnahme im Geschäftslocale hätte erfolgen müssen, zur Erklärung des Einverständnisses legitimirt gewesen, aus den in zweiter Instanz vorgelegten Statuten*) des Klägers sei dies aber der Vorsitzende und der Cassirer zusammen. Wollte man Ahlers aber auch als Cassirer und als Besitzer des Wechsels befugt erachten, eine solche Verständigung zu treffen, so sei doch Art. 91 nicht dahin aufzufassen, daß der Protestat und der protestirende Beamte einen von dem Zahlungsorte verschiedenen Ort wählen dürfen, da durch Bestimmung des letzteren der Aussteller zu erkennen gebe, daß die Zahlung nur daselbst gefordert werden dürfe, er sei daher berechtigt, von Allen, die aus dem Wechsel Rechte herleiten, zu fordern, daß gemäß dieser Absicht gehandelt werde, nur an diesem sei er in der Lage, die Mittel zur Zahlung bereit zu halten, und Vorkehrungen zu Gunsten des Wechsels zu treffen, falls derselbe Noth leide, dieses Recht des Ausstellers könne durch eine Uebereinkunft zwischen dritten Personen nicht alterirt werden, der Ausdruck „Ort" in Art. 91 sei nicht gleichbedeutend mit „Zahlungsort", sondern bezeichne nur eine andere Localität an dem im Wechsel bestimmten Zahlungsort, wofür insbesondere auch die Wortfassung spreche: in Art. 91 würden zunächst einzelne Localitäten, Geschäftslocal und Wohnung genannt, in welchen solche Acte regelmäßig vorzunehmen seien, und diesen dann andere Orte gegenübergestellt, an denen die Vornahme ausnahmsweise geschehen könne. Hieraus und aus dem im Gesetz gegebenen Beispiel (Börse) folge, daß unter „Ort" nur einzelne Localitäten an dem im Wechsel bestimmten Zahlungsort gemeint sein könnten.

*) In den Statuten sind die Functionen der einzelnen Vorstandsmitglieder aufgeführt und sodann — worauf sich Kläger berufen — bestimmt: außerdem ist jedes Vorstandsmitglied für sich allein ermächtigt, Namens und in Vollmacht des Vereins Klagen anzustellen, sich auf solche einzulassen, Processe zu führen, Vergleiche abzuschließen, in Concursen zu liquidiren, Arrestanlagen zu beantragen und zu allen diesen Handlungen einen Dritten zu substituiren.

Digitized by Google

C. Abhandlungen.

III.

Beweislast beim Kaufe nach Probe.

Von Herrn Kreisgerichts-Präsidenten Dr. Johann Swoboda in Eger.

Das Handelsgesetzbuch hat im zweiten Titel: „Vom Kaufe" keine erschöpfenden Normen über den Handelskauf aufgestellt, vielmehr die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Kaufvertrag vorausgesetzt und nur die aus dem Geschäftsverkehre hervortretenden Besonderheiten dieses Rechtsinstitutes in den Bereich seiner Rechtsvorschriften gezogen.

Um den Kauf nach Probe oder Muster gehörig aufzufassen und aus der inneren Natur seines Wesens die Lösung der Frage über die Beweislast der Probemäßigkeit, versuchen zu können, erachten wir zuvörderst die Begriffsbegrenzung des Kaufes im Allgemeinen darlegen zu sollen.

Die Vereinbarung zweier oder mehrerer Parteien, kraft derer die Eine (Verkäufer) der Anderen (Käufer) einen Vermögensgegenstand zu überlassen, die Andere dagegen einen bestimmten Preis hierfür zu entrichten verspricht, bildet einen Kaufvertrag. Die gegenseitigen Leistungen stehen in einer gegenseitigen parallel laufenden Wechselbeziehung und ihr Unterschied gipfelt in der Verschiedenheit des Characters der Leistungen, die Zug um Zug zu erfolgen haben.

Der Kauf nach Probe oder Muster wird vom Gesetze (Art. 340 des H.-G.-Bs.) als unbedingt erklärt. Dieser Ausspruch bildet jedoch nur eine gesetzliche Vermuthung, die der Privatwille

Digitized by Google

ändern kann. (Art. 278, 279, 317 des H.-G.-Bs.)*). Daher kann ein Kauf nach Probe auch unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung geschlossen werden, so daß der Fortbestand des Vertrages oder dessen Auflösung von der Probemäßigkeit der Waare abhängig gemacht wird. Ob ein oder der andere Fall vorhanden sei, ist nach den Auslegungsregeln zu beurtheilen und auf den erkennbaren Willen der Parteien zu sehen. Das Reichsoberhandelsgericht führt in seinem Erkenntniß**) aus: „Uebrigens sagt Art. 340 nicht, daß ein Kauf nach Probe nicht unter Umständen ein bedingter sein könne, sondern nur, daß die Thatsache, daß nach Probe gekauft wurde, für sich allein den Kauf noch nicht dazu mache."

Ob ein Kauf nach Probe abgeschlossen wurde, so daß dieselbe einen Bestandtheil der lex contractus bilde, ist eine Thatfrage. Hierüber spricht sich eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Dresden***) in nachstehender Weise aus: „Soll angenommen werden können, daß ein Handel der gedachten Art abgeschlossen worden sei, so muß feststehen, es sei die Willensmeinung der Contrahenten bei dem Vertragsabschluß dahin gegangen, daß eine gewisse von dem Verkäufer, oder nach Befinden auch von dem Käufer vorgelegte Probe die Grundlage des ganzen Geschäftes dergestalt gebildet habe, daß die Einwilligung des Käufers nur unter der Voraussetzung und Bedingung erfolgt sei, daß die ihm zu liefernde Waare ihrer Beschaffenheit nach der vorgelegten Probe gleiche. Es läßt sich nicht in allen Fällen, wo eine Probe oder ein Muster vorgelegt worden, wegen dieses Umstandes allein präsumiren, daß diese Probe wirklich die Grundlage des ganzen Vertrages in dem Maße habe abgeben sollen, sondern es wird in jedem einzelnen Falle aus den concurrirenden factischen Umständen zu entnehmen sein, ob die Probe wirklich für die Beschaffenheit der zu liefernden Waare habe maßgebend und der Käufer zur Annahme der letzteren nur dann habe ver-

*) Vergl. Hahn, Commentar zum Allg. D. Handelsgesetzbuch 1867, II. S. 196 fg.

**) Entsch. des R.-O.-H.-Gs. VIII, Nr. 62, S. 250.

***) Entsch. v. 18. Febr. 1864, (Centralorgan II, S. 50, N. F.).

Digitized by Google

pflichtet sein sollen, wenn diese der Probe genau entsprechen würde. Die tägliche Erfahrung lehrt, daß oft Proben oder Muster vom Verkäufer vorgezeigt zu werden pflegen, um seine Waare im Allgemeinen zu empfehlen, und wenn dann der Käufer durch die Beschaffenheit der Probe nur überhaupt bewogen wird, eine Bestellung auf eine gewisse Waare zu bewirken, so involvirt das noch nicht ohne weiteres einen Handel nach Probe." In gleichem Sinne führt das Reichsoberhandelsgericht*) aus: „Die Vorlegung einer Probe bei Abschluß des Kaufes kann die Andeutung haben, daß ein Kauf nach Probe verabredet wird, wie dies häufig in Seestädten bei dem Verkaufe von schwimmenden Gütern der Fall ist. (Protocolle S. 4589 fg.). Allein nothwendig ist eine solche Annahme nicht, sondern sie fällt weg, wenn sich ein anderer Erklärungsgrund des Vorzeigens der Probe darbietet, z. B. wenn ein Gutsbesitzer eine Probe seines bisher ausgedroschenen Weizens vorlegte, in der Erwartung, der noch auszudreschende Weizen werde nicht wesentlich davon differiren, und der Andere daraufhin abschließt. Es ist mithin eine Interpretationsfrage des einzelnen Falles, wobei für die Intention der Parteien die gebrauchten Ausdrücke nicht absolut entscheidend sind."

Bei schwimmenden Gütern ist es erklärlich, daß ein Kauf nach Probe nicht für geschlossen angenommen werden kann, weil der Verkäufer die Waare selbst noch nicht kennt, sondern vorerst nur eine Probe in Händen hat, die er dem Käufer zur Ansicht vorlegt.

Zur Annahme eines Kaufes nach Probe genügt es nicht, daß überhaupt eine Probe oder ein Muster dem Käufer vorgelegt worden ist.**) Auch die Zusicherung, daß eine Waare gewisse Eigenschaften habe, wie die frühere gelieferte Waare derselben Sorte, enthält noch keinen Kauf nach Probe.***)

Im Kaufe nach Probe oder Muster verspricht der Verkäufer die mit der Probe in der Qualität identische Leistung zu machen,

---

*) Entsch. des R.-O.-H.-Gs. II, S. 418—422.

**) Urtheil des Appellationsgerichts in Dresden v. 9. Juni 1864, N. F. Centralorgan II, S. 204.

***) Entsch. desselben v. 15. März 1864 a. a. O. S. 369.

Digitized by Google

der Käufer aber — unter dieser Voraussetzung — die Leistung anzunehmen, als Gegenleistung den bedungenen Preis zu zahlen. Leistung und Gegenleistung sind hiernach die entgegengesetzten Seiten eines und desselben Rechtsgeschäftes, Werthe, welche die Wagschalen in Gleichgewicht halten.

Das gegenseitige Versprechen in bedingter Form ausgedrückt, würde lauten: Es sagt der Verkäufer: Ich verkaufe der Probe in der Qualität identische X Waare, wenn dafür ein Preis von Z. entrichtet wird, wo nicht, so verkaufe ich die dem Muster oder der Probe identisch qualificirte X Waare nicht. Dem entgegen sagt der Käufer: Ich kaufe X Waare, wenn sie mit der Probe, dem Muster in der Qualität identisch ist, oder bedingt auflösend ausgedrückt: Ich kaufe die X Waare nicht, wenn sie in der Qualität mit der Probe, dem Muster nicht identisch ist.

In dem Umfange dieser Aeußerungen sind die Momente für die Regulirung der Beweislast über die Probemäßigkeit der Waare schon enthalten. Die Probemäßigkeit der Waare ist der Kernpunkt der Willenseinigung und das allein maßgebende Vertragsmoment für die Entscheidung über die Erfüllung der Obligation.

Für die Entscheidung der Beweislast ist es gleichgiltig, ob der Verkäufer auf Uebernahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises oder der Käufer auf Rückstellung des vorhinein geleisteten Kaufpreises, die Klage führt, weil nach beiden Seiten immer das Eine und dasselbe Rechtsverhältniß ob in bejahender oder verneinender Art, zur Geltung gebracht wird; nur die Darlegung des formellen Klagegrundes ändert ihre äußere Gestalt. Die Behauptung des klagenden Verkäufers ist positiv, jene des geklagten Käufers negativ. Erster führt aus, er habe dem geklagten Käufer die gekaufte Waare geliefert, somit seine Verbindlichkeit erfüllt; wogegen der klagende Käufer die Behauptung aufstellt, der Verkäufer habe keine probemäßige Waare geliefert, demnach den Inhalt der eingegangenen Obligation nicht zur Erfüllung gebracht. Es handelt sich in einem solchen Rechtsstreite stets um die Anführung und den Beweis der Erfüllung oder Probemäßigkeit der Waare.

Die objective Rechtsvorschrift, welche die Voraussetzungen festgestellt, an deren Dasein die Entstehung eines subjectiven concreten Rechtes geknüpft ist, lautet (Art. 340): Ein Kauf nach

Digitized by Google

Probe oder Muſter iſt unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geſchloſſen, daß die Waare der Probe oder dem Muſter gemäß ſei." Obgleich dieſe Geſetzesſtelle keine directe Entſcheidung über die Vertheilung der Beweislaſt der Probemäßigkeit oder Probewidrigkeit aufſtellt, ſo enthält ſie doch ſolche Verfügungen, welche geeignet erſcheinen zur richtigen Erkenntniß zu führen, zumal wenn man die Rechtsgrundſätze über die Beweislaſt gehörig würdigt; aber dieſe wird vollends klar, wenn man überdies auf ihre legislative Entſtehung zurückblickt.

Dem Römiſchen Rechte iſt der Kauf nach Probe fremd, daher es auch eine derartige Beſtimmung nicht enthalten kann.

Das Preußiſche Allg. Landrecht kennt zwar den Kauf nach Probe, begrenzt aber deſſen Begriff nicht und enthält auch keine Beſtimmung über die Beweislaſt, wohl aber über das Verfahren des Mäklers mit der Probe §§ 1356, 1357, 1358 des Allg. Preuß. Landrechts, Th. 2, Tit. 8. Es muß daher nach dem im § 271, Th. 1, Tit. 5 des Allg. L.-Rs. aufgeſtellten Rechtsgrundſatze entſchieden werden. Auch das Oeſterr. Allg. bürgl. Geſ.-Buch enthält hierüber keine beſondere Verfügung. Daher muß auch hier wie nach Preuß. Geſetze nach der Regel der §§ 1047, 1052 des Allg. bürgl. G.-Bs. erkannt werden. Der § 907 des Sächſ. bürgl. Geſ.-Bs. verordnet: „Werden Sachen nach Proben oder Muſtern veräußert, ſo liegt darin das Verſprechen der probemäßigen oder den Muſtern entſprechenden Eigenſchaften."

Der Art. 256 des Preuß. Entwurfes von 1857, welcher der Nürnberger Conferenz zur Berathung vorlag, enthält nachfolgende Beſtimmung: „Ein Kauf nach Probe oder Muſter iſt unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung geſchloſſen, daß die Waare der Probe gemäß ſei. Die Bedingung iſt eine auflöſende.

Den Beweis der Probemäßigkeit der Waare hat im Falle des Streites der Verkäufer zu führen; jedoch iſt er von der Beweislaſt befreit, wenn der Käufer die ihm anvertraute Probe nicht vorlegt, ohne zu beweiſen, daß er hierzu ohne ſeine Schuld außer Stande ſei.

Die Probe wird dem Käufer als ein Theil der Waare angerechnet.

Digitized by Google

Motivirt wird diese Bestimmung in nachstehender Weise*): Der Kauf nach Probe oder Muster (vente à l'échantillon) ist ein unbedingter Kauf, durch welchen der Verkäufer die Verpflichtung übernimmt, dem Käufer eine der Probe entsprechende Waare zu liefern. (Vergl. Heise und Cropp juristi. Abhandl. I, S. 211 fg., Simon und v. Strampff, Rechtssprüche III, S. 334; Archiv für Rechtsfälle XIII, S. 192). Auch macht es rücksichtlich der Unbedingtheit dieses Kaufs keinen Unterschied, ob eine individuell bestimmte Sache oder eine Quantität nach Probe verkauft wurde (vergl. Thöl, Handelsrecht, § 72, Nr. 2). Es ist nicht gerechtfertigt, wenn der Nürnberger Entwurf (Art. 332) den Kauf nach Probe als einen Kauf unter einer Resolutivbedingung auffaßt: Ist die Waare nicht probemäßig, so wird der Kauf nicht wegen des Eintritts einer Bedingung resolvirt, sondern der Verkäufer hat dann nicht gehörig erfüllt, so daß aus diesem letzteren Grunde dem Käufer das Recht zusteht, die Annahme zu verweigern. (Vergl. Entwurf Art. 263).

Die Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit der Waare ist den allgemeinen Grundsätzen gemäß bestimmt worden, nach welchen jeder Theil zu beweisen hat, daß er die ihm obliegenden contractlichen Verpflichtungen erfüllt habe. Der Verkäufer hat daher die Uebereinstimmung der Waare mit der Probe nachzuweisen, ohne Unterschied, ob die Probe, wie dies gewöhnlich geschieht, dem Käufer übergeben worden ist oder nicht. Legt im ersten Falle der Käufer die Probe vor, so hat der Verkäufer, falls er die Identität der gegebenen und der vorgelegten Probe bestreitet, ihre Verschiedenheit nachzuweisen; der Käufer würde auch in der Regel außer Stande sein, den Nachweis zu erbringen: daß die Probe nicht verändert worden sei. Trägt dagegen der Käufer die Schuld, daß die ihm anvertraute Probe nicht vorgelegt werden kann, so liegt ihm der Beweis der Nichtprobemäßigkeit ob, weil er durch seine Schuld dem Verkäufer die Beweisführung erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht hat. Daß in dem Falle, wenn die Probe von dem Käufer nicht vorgelegt werden kann, die Schuld hiervon den Käufer treffe, muß so lange vermuthet werden, bis er das

*) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Th. II, Motive 1857, S. 136 fg.

Digitized by Google

Gegentheil darthut; er war verpflichtet, die im beiderſeitigen Intereſſe ihm anvertraute Probe ſorgfältig aufzubewahren, und iſt hierfür um ſo mehr verantwortlich, als der Verkäufer ſelten die Möglichkeit hat, das Verhalten des Käufers zu controliren und ein Verſchulden deſſelben nachzuweiſen" u. ſ. w.

Der erſte Absatz des Entwurfes Art. 256 fand beinahe wörtliche Aufnahme im Art. 340 des H.-G.-Bs. Derſelbe iſt eben nicht muſtergiltig gefaßt, daher in der Nürnberger Conferenz mehrere Abänderungen vorgeſchlagen, jedoch alle abgelehnt wurden.*) Den gegen die Faſſung dieſes Art. erhobenen Bedenken wurden nachfolgende Ausführungen entgegengeſetzt**): „Was der Artikel beſtimmt, ſei die allgemeine Regel und nach Civilgeſetzgebungen eben ſo wie nach der Auffaſſung des Handelsverkehrs das Richtige. Wo ein wirklicher Kauf nach Probe vorliege, müſſe der Verkäufer einſtehen, daß die Waare der vorgelegten Probe entſpreche. Dies ſei auch dann der Fall, wenn eine beſtimmte Sache, z. B. der Vorrath des Verkäufers von der betreffenden Waare oder ein Theil deſſelben Gegenſtand des Vertrages ſei. Der Verkäufer müſſe ſeine Waare kennen und möge ſich vorſehen, ob dieſelbe der Probe gemäß ſei. Anders würde der Handelsverkehr auch gar nicht beſtehen können; kein Käufer einer ſolchen Waare würde ſich mehr darauf verlaſſen dürfen, daß er die bedungene Waare wirklich erhalte oder wegen etwaiger nicht probemäßiger Lieferung vollſtändig ſchadlos gehalten werde, und würde es ſonach auch nicht wagen können, mit Rückſicht auf den zwiſchen ihm und dem Verkäufer abgeſchloſſenen Contract weiter zu ſpeculiren und neue Verkäufe nach derſelben Probe zu ſchließen und dgl., wie dies jetzt im Verkehre ſo häufig vorkomme. Die Abſicht ſei auch keineswegs dahin gegangen, ſich auf Regelung der über eine ganz unbeſtimmte Quantität von Waaren abgeſchloſſenen Kaufgeſchäfte zu beſchränken; das Gegentheil hiervon ergebe ſich abgeſehen davon, daß in den beiden vorausgegangenen Leſungen in keiner Weiſe auf einen Unterſchied zwiſchen dem Verkaufe einer ſolchen unbeſtimmten Quantität und dem Verkaufe einer Species, beziehungs-

*) Conferenz-Protocolle, S. 4585—4590.
**) a. a. O.

Digitized by Google

weise eines bestimmten Vorrathes von der fraglichen Waare, hingewiesen worden sei, aus den Motiven des preußischen Entwurfes. Beschränke man den Artikel auf Verkäufer einer völlig unbestimmten Quantität, so verliere er den größten Theil seines practischen Werthes, denn im Verkehre würden solche Verkäufe nach Probe entweder gar nicht oder doch nur äußerst selten, etwa von Fabrikanten ꝛc. geschlossen; es sei auch gar nicht abzusehen, wie sich ein Kaufmann dazu sollte herbeilassen können, die Lieferung einer Waare zu versprechen, die einer bestimmten Probe entsprechen solle, wenn er diese Waare noch nicht zur Verfügung z. B. auf seinem Lager oder von einem andern Verkäufer zu erwarten habe, weil er dadurch die Verpflichtung zur Lieferung einer Waare übernehmen würde, von der er nicht wisse, ob er sie schaffen könne." Nach der auf diese Erwägungen gestützten Widerlegung der sämmtlichen Antragsvorschläge wurde bemerkt. „Die jetzige Fassung des Art. 340 sei um so unbedenklicher, und man habe um so weniger Ursache, seine Anwendbarkeit auf den Verkauf bestimmter Sachen oder Vorräthe zu beanstanden, als er nicht mehr bestimme, als daß beim Kauf nach Probe die Erklärung, daß die Waare der Probe entsprechen werde, ein dictum et promissum enthalte, für welche der Verkäufer einzustehen habe, wogegen der Artikel darüber nichts enthalte, wie in dem concreten Falle die Haftbarkeit sich äußere, ob sie die Verpflichtung andere Güter zu liefern oder blos eine Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz und dergleichen zur Folge habe, in dieser Beziehung also der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze vollen Spielraum lasse. Dabei möge es denn allerdings einen Unterschied machen, ob der Verkauf eine blos generell bestimmte Quantität oder eine bestimmte Sache zum Gegenstande habe. Diejenigen Fälle, in welchen die gestellten Anträge begründet seien, würden durch Art. 340 nicht berührt.*) In solchen Fällen habe die Vorzeigung der Probe nicht die Natur eines dictum et promissum, sondern

*) Es waren dies die unter Nr. 320. zu Art. 317 des Entwurfes, 2. Lesung, gestellten Anträge, die darauf hingingen, die Meinung auszuschließen, als solle der Ankäufer in allen Fällen die Probewidrigkeit, auch dann, wenn er nicht wissentlich oder leichtsinnig unrichtige Angaben gemacht habe, zum vollen Schadenersatz verpflichtet sein, und die außerdem den Fall im Gesetz zu regeln

Digitized by Google

nur die eines dictum, und liege deshalb kein Kauf nach Probe, sondern nur ein unbedingter Kauf vor. Es gehören dahin z. B. die an Seeplätzen geschlossenen Verkäufe über schwimmende Güter, wobei der Verkäufer selbst die Waare noch nicht kenne, sondern vorerst auch nur eine Probe in Händen habe, der Contrahent demnach allerdings nicht eher als bis die Waare eingetroffen und geprüft worden, darüber Sicherheit hätte, ob ein Kauf vorhanden sei oder nicht. Die Entscheidung der Frage aber, ob ein solcher bedingter Verkauf (auch die in einem Antrage ausgesprochene „Voraussetzung", daß die verkaufte bestimmte Sache der Probe entspreche, sei juristisch nichts Anderes als eine Bedingung) vorliege oder nicht, könne, abgesehen von dem Falle unzweideutiger Verabredung der Contrahenten, nur nach den an den einzelnen Handelsplätzen*) geltenden Handelsgebräuchen entschieden werden. Dafür aber, daß solche örtliche Gewohnheiten durch Aufnahme in das Handelsgesetzbuch verallgemeinert würden, fehle es an genügenden Gründen. Unbemerkt kann endlich nicht bleiben, daß selbst bei Fällen der zuletzt erwähnten Artikel keineswegs unter allen Umständen einfache Aufhebung des Contractes oder Preisminderung ohne einen weitern Anspruch eintrete; denn wenn dem Verkäufer bei Auswahl der Probe ein dolus oder ein grobes Verschulden, ja vielleicht auch, wenn ihm nur ein leichtes Verschulden zur Last falle, werde er von der Verpflichtung zum Schadenersatz keineswegs frei sein können.

Der zweite Absatz des Preuß. Entwurfes Art. 256 wurde bei der Berathung gestrichen (Conf.-Protoc. S. 615—617), weil die Frage über die Beweislast hinsichtlich der Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waare nicht blos bei den Käufen nach Probe,

---

beabsichtigten, wenn ein Kauf nach Probe mit dem Kauf auch combinirt worden sei. (Sitzung 559, Conferenz-Protocolle, S. 4586 fg.).

*) Als eine in Hamburg bestehende Usance wurde bezeichnet: Wenn zugleich verabredet wurde, daß der Käufer in bestimmter oder ortsgebräuchlicher Frist die Probemäßigkeit zu prüfen habe (Nachstechen, Nachziehen ꝛc.), so kann er bei nicht rechtzeitig vorgenommener Prüfung die Probewidrigkeit der Waare nicht geltend machen. Zeigt sich dagegen bei nicht rechtzeitiger Prüfung die Waare als probewidrig, so wird auf Antrag des Verkäufers der Vertrag als nicht geschlossen behandelt (Conf.-Protocolle a. a. O.).

Digitized by Google

sondern allgemein, also nicht hier zu entscheiden sei und überhaupt in das Proceßrecht gehöre.

Durch diesen Vorgang wurde dem Artikel seine wirkende Kraft genommen und nur ein Torso gelassen. Die Begründung dieses Schnittes ist nur theilweise richtig, nämlich blos insofern ausgesprochen wird, daß über die Beweislast der Vertragsmäßigkeit der Waare eine allgemeine Regel aufzustellen sei, denn Lieferung nach Probe ist eben nichts anderes als vertragsmäßige Erfüllung. Unrichtig ist jedoch die Begründung insoferne sie ausspricht, daß die Regelung der Beweislast in das Proceßrecht gehöre. Denn die Frage, welche Thatsachen zur Begründung eines angesprochenen Rechtes oder einer erhobenen Einwendung gehören, kann nur das materielle Recht lösen. Daß die Lehre von der Beweislast in das materielle Recht gehöre, wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern heut zu Tage allgemein anerkannt (vergl. auch Savigny V, S. 153 fg. u. Windscheidt, die actio, S. 227), darauf weiset auch das Oest. Allg. bürgl. Gesetzbuch, indem es zahlreiche Bestimmungen über die Vertheilung der Beweislast enthält.*)

Sowohl nach römischen als auch nach gemeinrechtlichen und particularrechtlichen Hauptprincipien, gilt der allgemeine Grundsatz: Jede Partei hat ihre eigene von der anderen in Abrede gestellte Behauptung, worauf sie einen selbständigen Angriff oder Gegenangriff gründet, auch zu beweisen.**) Das factische Fundament eines angesprochenen Rechtes muß alle Thatsachen enthalten, die in ihrer Gesammtheit das concrete Recht erzeugen. Es ist somit die Beweislast: Die Verbindlichkeit, das factische Entstandensein des geltend gemachten Rechtes rechtsgenügend zu bewahrheiten.***) Der Kläger muß hiernach den Thatbestand, d. i. den Inbegriff der zur Entstehung des eingeklagten concreten Rechtes nach dem Gesetze erforderlichen wesentlichen Voraussetzungen anführen und nöthigenfalls beweisen, welche die Macht und Kraft

*) Unger, System des Oest. Allg. Privatrechts, 1859, II, S. 562, Note 22.

**) Unger a. a. O. II, S. 555.

***) S. Jordan, in Weiske Rechtslexicon II, S. 130; a. a. O. S. 131 und 108.

Digitized by Google

besitzen, das angesprochene Recht als daseiend darzustellen. Existent ist aber nur dasjenige Recht, das wirklich entstanden ist.

Die wesentlich nothwendigen Thatsachen, welche den Inhalt eines Kaufes überhaupt und eines Kaufes nach Probe bilden, sind: Die Einigung des Begründungswillens über einen vom Verkäufer dem Käufer zu überlassenden Vermögensgegenstand gegen das vom Käufer zu leistende bestimmte Entgeld (Kaufpreis)*) und beim Kaufe nach Probe oder Muster noch insbesondere die Uebereinstimmung des Auflösungswillens, der seinen Grund in der Probewidrigkeit manifestiren würde, demnach daß der verkaufte Vermögensgegenstand (Waare beim Handelskauf) in seiner Qualität mit der Probe, dem Muster, identisch sein müsse. Der Kauf als solcher ist das Hauptgeschäft und die, die Auflösung bedingende Probewidrigkeit das Nebengeschäft, die zusammen ein innerlich verbundenes Ganze bilden. Denn die Vertragstheile sind darüber einig, daß das Rechtsgeschäft, nämlich der Kauf nach Probe nur dann gelten solle, wenn die gelieferte Waare der Probe entspricht, also nicht gelten solle, wenn sie probewidrig befunden wird. Der Kauf nach Probe ist unbedingt geschlossen, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers, daß die Waare der Probe oder dem Muster gemäß sei (Art. 340), folglich nicht existent, wenn sie probewidrig erscheint, hierin spricht sich das innere Wesen des contrarius consensus aus. Der Kläger muß hiernach darthun, daß er seine „Verpflichtung" erfülle, indem er probemäßige Waare geliefert habe.

Damit der Richter erkennen kann, daß und welcher Rechtsanspruch dem Kläger zustehe, muß ihm dieser den Thatbestand darlegen, also nach rückwärts die sämmtlichen constitutiven Bestandtheile des Rechtsverhältnisses klar legen und nöthigenfalls auch beweisen.

Ist wirklich ein Kauf nach Probe oder Muster geschlossen worden — was natürlich eine Interpretationsfrage bildet — so müssen zur Geltendmachung des hieraus entspringenden Rechtsanspruches die wesentlichen bereits angeführten Vertragsmomente und darunter auch das kritische Moment, die Probemäßigkeit der

*) § 2. I. de emt. et vend (3, 24).

Digitized by Google

Waare behauptet und, wenn sie der Geklagte (Käufer) in Abrede stellt*), bewiesen werden, damit der Klagsantrag rechtsmäßig substanciirt sei. Zumal dies die eigentlichen Thatsachen sind, welche den Kauf nach Probe, gemäß Art. 340 rechtlich erzeugen. Denn die Existenz dieses Vertrages wird von dem Dasein der Probemäßigkeit, seine Imperfection beziehungsweise bei einer auflösenden Bedingung Auflösung von dem Dasein der Probewidrigkeit abhängig gemacht.

Siebenhaar**) vergleicht solche dem Rechtsgeschäfte einverleibte Vereinbarungen, durch welche dem darin begründeten Rechtsverhältnisse der künftige Wirkungskreis vorgezeichnet wird, mit dem Herzschlage, „welcher das Leben des Menschen bestimmt." —

Den Beweis der Probemäßigkeit muß der klagende oder geklagte Verkäufer jedoch nur dann führen, wenn der Käufer als Geklagter oder Kläger, die ihm überschickte Waare nach Art. 347 des H.-G.-Bs. rechtzeitig als probewidrig beanstandet, deren Empfangnahme verweigert und sie dem Verkäufer zur Verfügung gestellt hat. Für seine Stellung im Processe genügt zur Abwehr des klägerischen (Verkäufers) Anspruches auf Uebernahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises der einfache Widerspruch der Probemäßigkeit der Waare und der klagende Verkäufer muß den Beweis hierfür erbringen, widrigens er sachfällig wird. L. 12. D. de prob. & praes. (22. 3), L. 21 eodem, L. un. Cod. de prob. sequestr. (4. 4), L. 8 Cod. de prob. (4. 19); § 104***) der Allg. G.-O.; § 104 der prov. Civ.-P.-O. v. 3. Mai 1852****) noch richtiger, § 274, 278 des Entwurfes der deutsch. C.-P.-O. von 1864 und § 280 des ersten Entwurfes einer C.-P.-O. v. 1867. †)

*) Gerber, Beweislast 1858, S. 26; Unger, System II, § 123, Not. 9; Maxen, Beweislast, Einreden 1861, S. 2, 64 fg.

**) Lehrbuch des Sächs. Privatrechts 1872, S. 107.

***) „Wer ein Factum angeführt hat, er sei Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu beweisen, widrigenfalls — —"

****) Jeder streitende Theil hat die Thatsachen, worauf er ein angesprochenes Recht, oder eine erhobene Einwendung gründet, zu beweisen, widrigenfalls — —

†) Jede Partei hat die von ihr angeführten erheblichen Thatsachen, auf welche sie ihren Anspruch oder ihre Vertheidigung gründet, zu beweisen, insofern dieselben in der mündlichen Verhandlung bestritten oder in gesetzlich zulässiger Weise mit Nichtwissen beantwortet worden sind.

Digitized by Google

Hat aber der Käufer die Norm des Art. 347 des H.-G.-Bs. außer Acht gelassen oder auch nur die Frist zur Prüfung der Waare und sofortiger Anzeige verabsäumt, so gilt sie als genehmigt und die Beweislast fällt dem Käufer zu.

Bei der Entscheidung der Frage über die Beweislast der Probemäßigkeit der Waare können die Bestimmungen der Art. 338, 343, 344, 345 des H.-G.-Bs. über den Uebergang der Gefahr der abgeschickten Waare nicht in Anschlag gebracht werden; denn sie haben auf die Vertheilung der Beweislast keinen imperativen Einfluß, weil sie keine eigentliche Uebergabe, keinen Empfang in sich schließen, wohl aber der Art. 348, Abs. 2; denn hiernach soll, zufolge der Begründung des Preuß. Entwurfes zum Art. 264, dessen vierter Absatz eine ähnliche Fassung hatte, in erster Linie den Beweis der Vertragsmäßigkeit der Waare der Verkäufer führen. Es heißt daselbst: „Es empfiehlt sich übrigens im Interesse beider Theile als zweckmäßig, dem Verkäufer ein Mittel an die Hand zu geben, um, falls er es für angemessen erachtet, den Zustand der übersandten Waare auf authentische Weise feststellen und im geeigneten Falle den öffentlichen Verkauf herbeiführen zu können. Dagegen würde es zu weit gehen, wenn dem Käufer die Pflicht auferlegt würde, die Mängel der ihm übersandten und von ihm beanstandeten Waare in dieser Art constatiren zu lassen (vergl. Württemb. Entwurf, Art. 347, 116; Thöl, Handelsrecht I, § 85. 2). Es würde hierdurch von vornherein dem Käufer der Beweis der Mangelhaftigkeit der Waare aufgebürdet, während doch zunächst der Verkäufer verpflichtet ist, die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare darzuthun. Ein entgegengesetzter Handelsgebrauch ist nicht erweislich, und der hauptsächlich geltend gemachte Grund, daß der Käufer im Interesse des Verkäufers einstweilen dasjenige wahrnehmen müsse, was der anwesende Verkäufer selbst wahrnehmen würde, trifft nicht überall zu."

Bei der Berathung in zweiter Lesung wurde das Princip gleichfalls anerkannt, daß die Untersuchung der Waare in das Ermessen des Käufers gestellt ist und zugleich ausgesprochen, „daß die Einmischung der Gerichte nur dahin gehe, die Constatirung des Zustandes der Waare vorzunehmen, wie dies in ähnlicher

Digitized by Google

Weise beim gerichtlichen Augenschein der Fall sei — — (165. Sitzung, Protoc. S. 1385).

Daß es sich hier nicht um einen Beweis zum ewigen Gedächtnisse handeln solle, wurde sowohl in erster als auch in zweiter Lesung angenommen.

Die Bestimmung der Beweislast liegt mit innerer Nothwendigkeit im Begriffe der Erfüllung der Obligation selbst, schon gegeben. Denn das Privatrecht*) ist der Inbegriff der durch das objective Recht dem Berechtigten eingeräumten Machtbefugnisse.

Die Machtbefugnisse, welche das objective Recht im Art. 340 des H.-G.-Bs. dem Käufer einräumt, umfassen alle Radien des Rechtskreises, der die constitutiven Momente des Kaufes nach Probe zum Inhalte hat und im Klagswege zur Geltung gebracht und durchgesetzt werden kann. Diese sämmtlichen Bestandtheile des zwischen dem Verkäufer und Käufer vereinbarten Rechtsgeschäftes bilden sonach die vom Ersten zu erfüllende Obligation; die Erfüllung aber enthält eben jene Handlungen des Verkäufers auf die und an denen**) der Käufer aus dem Umfange der Obligation einen rechtlichen Anspruch hat.

Damit vom Veräufer die Obligation desselben als erfüllt angesehen werden könne, muß der Verkäufer den ganzen Inhalt seiner Obligation in das Eigenthum des Forderungsberechtigten hier Käufers übertragen***); folglich eine probemäßige Waare liefern. Im Inhalte der Obligation des Verkäufers liegt auch die Beschaffenheit der Leistung und darunter die Identität des Geleisteten oder Angebotenen mit der Probe oder dem Muster; weil die Probemäßigkeit derselben eben ein wesentlicher Factor des dem Käufer zustehenden Forderungsrechtes bildet, daher beim Abgange dieser identischen Beschaffenheit, die Obligation nicht erfüllt wäre. Nur dann kann man sagen, der Käufer habe erfüllt, die

*) Berger, kritische Beiträge, 1856, S. 137.

**) Mühlenbruch, Pandecten, 1844, § 464 fg.; v. Keller, Pand., 1861, S. 513 fg.; Puchta, Pand. 1863, § 239, S. 373; Arndts, Pand. 1865, § 219, S. 352; Windscheidt, Pand. 1873, II. S. 266, § 342 fg.; Siebenhaar, Lehrbuch des Sächs. Privatrechts, 1872, S. 465 fg.

***) Swoboda, Erörterungen pract. Rechtsfälle ꝛc. 1873, S. 363.

Digitized by Google

Obligation getilgt und auf natürliche Art aufgehoben, wenn er das geleistet hat, was der Käufer zu fordern hatte.

Klagt der Verkäufer auf Uebernahme der gelieferten Waare und Zahlung des Kaufpreises, so muß er die ordnungsmäßige Erfüllung seiner Verbindlichkeit in ihrem vollen Umfange somit implicite auch die Probemäßigkeit nachweisen.

Diese Obliegenheit anerkennen auch die Gesetze: L. 2, § 1, L. 3 D. de rebus credit (12, 2), L. 41, § 1, D. de usuris (22, 1); L. 21, D. de reb. cred. (12, 1); L. 9, § 1 de solut. (46, 3), L. 98, § 6, D. de solut. (46, 3); L. 16 Cod. de solut. (8, 43). A. L. Preuß. Th. I, Tit. 16, §§ 11—27; §§ 1047, 1412 des öster. allg. bürgl. G.-Bs., das sächs. bürgl. G.-B. 689—719. Auf diesen Grundzügen ruhen auch die Rechtsvorschriften der Art. 346, 347, 348 des H.-G.-Bs.

Nach der Norm des Art. 346 ist der Käufer, welcher nach Art. 347 ohne Verzug die gelieferte Waare nach deren Ablieferung — soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, die Waare zu untersuchen hat — nur wenn sie als vertragsmäßig oder gesetzmäßig befunden wird, zu empfangen verpflichtet. Die vertragsmäßige, eventuell gesetzliche Beschaffenheit der Waare ist hiernach die Voraussetzung der Empfangbarkeit.

Die feste Norm des Art. 340 schließt die Verpflichtung zur Empfangnahme eines „Handelsgutes von mittlerer Art und Güte" (Art. 335) vollständig aus, weil der Art. 340 eine insbesondere festgesetzte Beschaffenheit der Waare zur Voraussetzung hat. Der Käufer ist berechtigt jede, der Probe nicht identisch beschaffene Waare zurückzuweisen und das Gesetz (Art. 348) legt ihm keine weitere Verbindlichkeit auf, als „für die einstweilige Aufbewahrung der beanstandeten Waare zu sorgen."

Die Vertragsmäßigkeit, beziehungsweise Probemäßigkeit ist hiernach ein wesentlicher und kritischer Bestandtheil der Obligation und damit des Klagegrundes, infolge dessen, nach den Grundsätzen über die Beweisführung, eine Obliegenheit und Beweislast des Verkäufers. Die Probemäßigkeit oder das Gegentheil davon wird durch Vergleichung der gelieferten Waare mit der Probe hergestellt. In der Regel wird die Probe dem Käufer ausgefolgt. Zur Ver-

Digitized by Google

meidung überflüssiger Zweifel und Streite ist es am zweckmäßigsten dieselbe unter den Siegeln beider Theile zu verwahren.

Leugnet der Verkäufer die Identität der vom Käufer vorgelegten mit der ihm vom Verkäufer übergebenen Probe, so muß er (Verkäufer) den Beweis hierüber führen. *)

Die meisten Schriftsteller stimmen mit der von uns dargelegten Ansicht überein, ohne jedoch hierfür directe Gründe anzugeben, sondern stellen solche unter Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze über die Beweispflicht, — als nicht angefochten und richtig voraus und behandeln blos die Fälle, wenn eine Species oder ein Genus gekauft wird, wie hierbei über die Gefahr der versendeten Waare zu entscheiden sei, erörtern die Stellung des Einkaufscommissionärs zum Committenten **), ferner die Frage, wie die Fälle zu behandeln, wenn 1) die Probe von der Waare selbst, 2) wenn sie nicht von der Waare entnommen wird.

Betrachten wir nun folgenden Rechtsfall:

Das k. k. Bezirksgericht in Schluckenau hat mit dem Urtheile vom 26. August 1872, Z. 3555 der geklagten Katharina Kanders aufgetragen, dem Kläger A. Mader den eingeklagten Betrag von 48 fl. 20 kr. zu bezahlen, wenn die Geklagte durch ihren freiwilligen Vertretungsleister B. Lang den Haupteid nicht ablegt, daß er als ihr Geschäftsführer am 3. Mai 1871 von A. Mader Waaren zu vereinbarten Preisen für 48 fl. 20 kr. nicht gekauft, sondern bei ihm blos Waaren nach den vorgewiesenen Mustern auf Besicht mit dem ausdrücklichen Vorbehalte bestellte, sich einige davon wählen und im Falle der getroffenen Wahl nach den in der Factura angesetzten Preisen kaufen und behalten zu können.

Gründe:

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Erweisung des Umstandes, ob die von dem Kläger am 3. Mai 1871 dem B. Lang

*) Urtheil des Kreisgerichts in Thora vom 11. April 1867 (Centralorgan, N. F. Bd. III, S. 518; Erkenntniß des R.-O.-H.-Gs. v. 21. Juni 1872, Nr. 317.

**) V. im neuen Archiv für Handelsrecht IV, S. 6 fg.; Lesse, Centralorgan, N. F. I, S. 215, a. a. O. II, S. 369; Thöl, Handelsrecht, 186. I, § 72. 85; Krawel, die Beweislast beim Kauf nach Probe, Centralorgan VIII, S. 328 fg. Ingleichen sämmtliche Commentatoren.

Digitized by Google

als Geschäftsführer der Geklagten in Mustern vorgelegte und später übersendete Waare, welche sodann von der Letzteren an den Kläger wieder zurückgesendet wurde, ohne Vorbehalt oder blos auf Besicht nach Maßgabe des Art. 339 des H.-G.-Bs. gekauft wurde, für welchen ersteren Fall die Geklagte zur unbedingten Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet und für den letzteren Fall an den Kauf nicht gebunden war; weil sie die übersendete Waare nicht genehmigte, sondern an den Kläger Mangels einer verabredeten oder ortsüblichen Frist noch früher zurücksendete, bevor er sie zur Erklärung hierüber aufgefordert hatte. Bei Abgang anderer Beweismittel mußte auf den angebotenen Beweis durch den Haupteid über den Thatumstand des unbedingten Kaufes erkannt werden.

Ueber Appellation des Klägers hat das böhm. k. k. Oberlandesgericht mit dem Urtheile vom 21. October 1872, Z. 29437 die Geklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages unbedingt verurtheilt.

Denn der Widerspruch des Klagfactums ist wirkungslos. Indem die Geklagte nämlich im weitern Verlaufe der Einrede ausdrücklich selbst anführt, daß sie dem Kläger gegenüber die Bereitwilligkeit ausgesprochen habe, eine bestimmte kleinere Menge seiner Waaren zu kaufen, wenn diese Waaren den ihr vorgewiesenen und genehmigten Mustern entsprechen würden, indem sie ferner das Quantum dieser Waaren und die Vereinbarung der vom Kläger zusammen mit 48 fl. 20 kr. angesetzten Preise nicht bestreitet, weiterhin mit Beziehung auf die Factura diese Vereinbarung sogar ausdrücklich zugesteht (§ 11 u. 107 A. G.-O. und § 1053 A. b. G.-B. *), indem sie endlich auch zugesteht, daß ihr infolge dieser Abmachung die Waare sammt der Factura auch wirklich zugesendet, also über ihre Bestellung geliefert wurde; so ist dadurch der Kaufsabschluß selbst gerichtsordnungsmäßig erwiesen, weil sich diese Anführung als die Einwendung lediglich einen

*) § 1053. Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln um Eigenthum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Uebergabe behält der Käufer das Eigenthum.

Digitized by Google

Kauf nach Probe oder Muster abgeschlossen zu haben, herausstellt, ein solcher Kauf jedoch zufolge Art. 340 des H.-G.-Bs. wenn auch unter der Verpflichtung des Verkäufers, daß die Waare der Probe oder dem Muster gemäß sei, unbedingt geschlossen ist, und es erscheint daher die Behauptung der Geklagten, daß an ihrer Seite blos ein bedingtes Kaufversprechen vorhanden sei, aufliegend unrichtig.

Um aber mit dieser auf Art. 340 des H.-G.-Bs. basirenden Einwendung aufzukommen, hätte die Geklagte zufolge des ausdrücklichen Widerspruches des Klägers zu erweisen gehabt, daß die gelieferte Waare der Probe oder dem Muster gemäß nicht sei, der Verkäufer sohin seiner Verpflichtung nicht nachkam.

Diesen Beweis hat jedoch die Geklagte nicht hergestellt, denn sie hat die Waarenprobe nicht vorgelegt und vermeint den Umstand, daß die vom Kläger zugeschickten Waaren den von ihr am 3. Mai 1871 genehmigten Mustern nicht entsprechen, durch den ihr in der Duplik dem Kläger rückschiebbar aufgetragenen Haupteid zu erweisen, welcher aber gemäß Hofd. vom 18. Febr. 1846 Art. 935 J. G.-S. um so mehr unzulässig erscheint, als die Probehältigkeit einer Waare nur Sachverständige nach dem ihnen vorzulegenden Muster zu beurtheilen berufen sind (§ 187 A. G.-O.).

Insofern die Geklagte von der in der Einrede gewählten Vertheidigung abzugehen sucht, indem sie in der Duplik einen Kauf auf Besicht oder auf Probe im Sinne des Art. 339 des H.-G.-Bs. vorschützt, so hat sie, abgesehen von der darin wegen des gewählten schriftlichen Verfahrens nach § 53 A. G.-O. unzulässigen Neuerung, einen Beweis und insbesondere den vom ersten Richter zugelassenen Haupteid, was den zweiten Theil desselben betrifft, nirgends aufgetragen, während der bezüglich des unbedingten Kaufsabschlusses aus dem Geständnisse der Geklagten zu Statten kommende Beweis durch spätere Modificirung des letztern nicht abgeschwächt werden kann (§ 108 A. G.-O.).

Ueber Revision der Geklagten hat der k. k. oberste Gerichtshof das obergerichtliche Urtheil bestätigt.

Gründe:

Aus der eigenen Anführung der Geklagten in der Einrede, daß der Kauf der ihr später vom Kläger eingesendeten Waaren

Digitized by Google

nach den der Geklagten vorgewiesenen Mustern besprochen wurde, ergiebt sich, daß zwischen den Streittheilen keineswegs auf Besicht oder auf Probe unterhandelt wurde, denn von einem solchen kann nur dann die Rede sein, wenn dem Käufer vorbehalten bleibt zu untersuchen, ob die behandelte Waare dem Bedürfniß und dem Geschmacke des Käufers entspreche oder die bedungenen Eigenschaften besitze, es wäre vielmehr ein Kauf nach Muster oder Probe gewesen, d. h. ein Kauf, welcher unbedingt geschlossen wurde und nur den Käufer berechtigt, die Annahme der nicht nach Probe gelieferten Waare zu verweigern. Allein in diesem Falle lag dem Uebernehmer der Beweis ob, daß die übersendete, übrigens in ihrer Beschaffenheit als Handelsgut nicht beanstandete Waare nicht nach Probe sei, weil nach der Natur des Geschäftes der Käufer die Probe in Händen haben muß, um zu beurtheilen, ob die Waare der Probe entspreche.

Im vorliegenden Fall hat jedoch der Käufer ein Muster, wie die gekaufte Waare beschaffen sein sollte, vom Verkäufer nicht gefordert und erhalten, woraus erhellt, daß auch kein Kauf nach Probe, sondern ein unbedingter Kauf geschlossen worden ist, daß demnach die Geklagte nicht berechtigt war, die Annahme der gekauften und ihr zugesendeten Waaren zu verweigern, daß sie vielmehr gehalten sei, den verabredeten Preis zu bezahlen. (Oberstg. Entsch. vom 2. Jänner 1873, Z. 12528 ex 1872.)

Ohne in den dargelegten Sachverhalt einzugehen, beschränken wir unsere Beurtheilung auf den in den Gründen aufgestellten Grundsatz über die Vertheilung der Beweislast bei dem Kaufe nach Probe, die das Oberlandesgericht dem Käufer auferlegt: er habe zu erweisen „daß die gelieferte Waare der Probe gemäß nicht sei." Also eine Verneinung. Diesem unbedingt ausgesprochenen Grundsatze ist nicht beizustimmen; denn er verstößt gegen das Grundprincip der Beweisführung, die hier vorausgelassenen Ausführungen und das Wesen sowie den Begriff eines Kaufes nach Probe und die Natur der Vertragserfüllung.

In dem von uns vertheidigten Sinne erflossen die im Neuen Archiv für Handelsrecht 1862, Bd. IX, S. 88 fg. angeführten Entscheidungen der Juristenfacultät und des Oberappellationsgerichts zu Rostock, Lübeck ꝛc. Ingleichen hat das Reichsober-

Digitized by Google

handelsgericht in den Entscheidungen vom 4. April 1871, Nr 126, Stegemann II, S. 90 fg.; das Oberhandelsgericht in Mannheim, Annalen d. bad. Ger. XXXI, S. 160, XXXVI, S, 177; Berlin. Obertrib. Bd. 42, S. 2335, 125, 35 Strieth. erkannt. Am ausführlichsten spricht sich das Reichsoberhandelsgericht in nachfolgender Entscheidung aus:

Die Ausführung des zweiten Richters ist rechtsirrthümlich. Er verkennt nicht, daß bei dem Verkauf nach Probe der Verkäufer, welcher nach Ablieferung der Waare die Zahlung des Kaufpreises verlangt, sofern der Käufer den Empfang ablehnt und die Waare sofort nach der Ablieferung wegen Nichtübereinstimmung mit der Probe zur Disposition gestellt hat, die probemäßige Beschaffenheit zu beweisen verpflichtet ist. In dieser Beziehung kann auch kein gegründeter Zweifel aufkommen. Mit dieser Beweispflicht des Verkäufers ist es aber schlechthin unverträglich, den Käufer, sobald der Verkäufer zur Beweisführung die Vorlegung der Waare behufs Vergleichung mit der Probe verlangt, für verpflichtet zu erachten, die Identität der von ihm vorgelegten mit der abgelieferten Waare zu beweisen. Wäre der Käufer zu einer solchen Beweisführung verbunden, so würde sichtbar der Beweis der Probemäßigkeit der Lieferung nicht von dem Verkäufer zu erbringen sein, sondern der Käufer in die Nothwendigkeit versetzt sein, infolge eines einseitigen processualischen Verhaltens seines Gegners, die Probewidrigkeit der gelieferten Waare zu beweisen, obschon doch das Gesetz klar und deutlich das Gegentheil bestimmt.

Der Appellationsrichter scheint für den Fall, daß nicht nach Probe verkauft, wohl aber eine besondere Eigenschaft der Waare vorbedungen ist, die Beweislast auch anders zu beurtheilen, denn er legt bei seiner Ausführung sichtbar auf die Probe und darauf Gewicht, daß dem Verkäufer der Beweis der Probemäßigkeit nicht schuldbar unmöglich gemacht werden dürfe. Allein beide Fälle sind in Betreff der Entscheidung der Frage: ob der Käufer die Identität der zur Prüfung vorgelegten mit der abgelieferten zur Disposition gestellten Waare beweisen müsse, völlig identisch.

Ueber die Verpflichtung des Käufers, sowohl in dem einen wie in dem andern Falle die abgelieferte und zur Disposition gestellte Waare vorzulegen, ist freilich ein Zweifel undenkbar.

Digitized by Google

Entsteht aber Streit über die Identität der vorgelegten mit der abgelieferten Waare, so trifft nach dem vorentwickelten Grundsatze den Verkäufer, welcher die Identität bestreitet und die auf Betrug oder Irrthum beruhende Verwechselung behauptet, die Beweislast, weil diese eine nothwendige Consequenz der Beweispflicht für die behauptete Contractserfüllung ist. Erst wenn die Verwechslung erwiesen ist, kann von einer schuldbaren Vereitelung der Beweisführung die Rede sein.

Ist nach Probe verkauft und diese dem Käufer übergeben, so hat dieser ohne Zweifel außer der Waare auch die Probe vorzulegen.

In der Sache selbst ist aus hier nicht interessirenden Gründen die Entscheidung noch nicht definitiv erfolgt, es wird nur ausgeführt, daß auch beim Streit über Identität der Probe der Verkäufer beweispflichtig ist und mit Bezug hierauf bemerkt, daß der Beweisantritt durch Erfordern des Editionseides unzulässig sei, da nicht anerkannt werden könne, daß nach Preußischem Rechte die Vorschriften über den Editionseid sich weiter als auf Urkunden im engeren Sinne erstrecken, Kläger daher nicht befugt gewesen sei, den ganz eigenthümlichen Regeln unterliegenden, eine Relation nicht gestattenden, daher anomalen Editionseid zu verlangen, sondern sich, falls er den in der Klage angetretenen Zeugenbeweis aufgeben wollte, der Eidesdelation habe bedienen müssen.

Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts vom 21. Juni 1872 in der Rechtssache der Gebrüder Cramer ca. A. Mühle Nr. 317 von 1872; Stegemann a. a. O. VIII. S. 43.

Im Gegensatze zu diesen Ausführungen und Gründen der höchstgerichtlichen Urtheile steht Gerber's Ausspruch*): „Beim Kauf nach Probe sei nur ein dictum promissum anzunehmen, und Letzteres bewirkt eben weiter Nichts, als daß Eigenschaften, welche an sich keine gesetzlich anfechtbaren Fehler involviren, dadurch, daß sie gegen die ausdrückliche Zusage der Sache anhaften, zu anfechtbaren Fehlern und Mängeln werden." —

*) Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast 1858, S. 163, Note 2.

Digitized by Google

Diese Behauptung hat ihren Grund in der unrichtigen Auffassung der Natur des Kaufes nach Probe, welche den Vertragsgegenstand specialisirt. Gerber nimmt auf die allein entscheidende Thatsache der Probemäßigkeit der Waare, von deren Dasein einzig der Bestand des Vertrages abhängt, gar keine Rücksicht und stellt dieselbe mangelhaften Waaren, welche „den Zusagen und Beschreibungen nicht entsprechend befunden worden und die der Käufer doch als erfolgte Erfüllung an und für sich anerkennen müsse" — völlig gleich. Allein er übersieht, daß die Probemäßigkeit ein wesentlicher Bestandtheil der Obligation ist, welche der Verkäufer erfüllen muß, wenn er die Gegenleistung fordern will. Zug um Zug.

Gerber verwechselt die wesentliche Voraussetzung der Identität der Waare mit der Probe, wovon die Vertragserfüllung abhängt, mit der zwar probemäßig gelieferten, jedoch fehlerhaften Waare, weil der Einwand des nicht vollständig erfüllten Vertrages (exceptio non rite adimpleti contractus) keine negative Litiscontestation (Leugnen des Klagegrundes), sondern eine wirkliche Einrede (exceptio doli) im technischen Sinne*) bildet, technische Einreden aber bewiesen werden müssen.

Liefert der Verkäufer probewidrige Waare, so liefert er nicht die verkaufte, sondern eine andere Waare und erfüllt folgerecht nicht den eingegangenen Vertrag. In diesem Falle hat der Verkäufer auch keinen Anspruch auf den Kaufpreis.

Da die Obligation ihrem Wesen nach mit der actio zusammenfällt und in derselben ihren erschöpfenden Ausdruck findet**), in dieser aber der Inbegriff der rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Thatsachen und Umstände angeführt und sohin im Widerspruchsfalle, erwiesen werden muß, so liegt schon im Begriffe und Wesen der auf dem Art. 340 des H.-G.-Bs. gegründeten Klage mit innerer Nothwendigkeit die Beweislast der Probemäßigkeit des Verkäufers, der verpflichtet ist, der Probe gemäße Waare zu liefern.

*) Unger, System des Oesterr. Allg. Privatrechts, 1869, II. S. 68, Anmerk. 1.

**) Unger a. a. O. II, S. 437.

Digitized by Google

IV.

Ueber das Agentenwesen.

Von Herrn Bezirks-Ger.-Rath Dr E. Bezold in München.

Wenn wir diesen nach unserer Ansicht schwierigsten unter den vielen schwierigen Punkten des allgemeinen Theils des Versicherungswesens vor Allem und noch ehe wir uns dem speciellen Theile *) zuwenden, herausgreifen, um ihn gesondert zu behandeln, so geschieht es keineswegs deshalb, als ob wir uns einbildeten, diesbezüglich erschöpfende Aufstellungen machen und unumstößlich formulirte Sätze an die Hand geben zu können, sondern lediglich zu dem Zwecke, um möglichst bestimmt und scharf die nach unserer Ansicht entscheidenden Fragen zu präciſiren und dieselben ganz im Allgemeinen zu prüfen.

Wir haben gesagt, wir berührten damit den schwierigsten Punkt, wir sagen noch mehr, wir berühren damit diejenige Materie, welche nach unserer Ansicht in aller und jeder Beziehung, in aller und jeder Richtung im Argen liegt. Wir glauben, sie liegt im Argen, sowohl was Gesetzgebung als was Rechtsprechung betrifft, sowohl in der Richtung auf die Persönlichkeit der Agenten als in Beziehung auf die Art, wie sie honorirt werden, sowohl im Verhältniß der Agenten zu der Gesellschaft und ihrer Vertretung in Verwaltungsrath und Generalagenturen als in ihrem Verhältniß zum Publicum. Unter solchen Umständen, und selbst wenn man dieser unserer Ueberzeugung auch nur in der einen oder anderen Beziehung beipflichtet, ist es verdienstlich, wenn einstweilen auch nur die Schäden aufgedeckt und die durch dieselben sich von selbst aufwerfenden Fragen richtig gestellt und formulirt werden. Wir möchten hiermit nicht nur die Gesellschaften, sondern alle Betheiligten und vor Allem die Männer der Wissenschaft wie der Gerichtspraxis recht dringend aufgefordert haben, Jeden zu seinem Theile, die Sache ebenfalls ins Auge zu fassen und mit vereinten Bemühungen wenigstens die künftige Gesetzgebung des Reiches dadurch zu unterstützen, daß noch rechtzeitig eine möglichste Klarstellung der Sache erreicht und der

*) Vgl. unseren Aufsatz in Heft 3 des IV. Bandes, N. F. S. 231.

Digitized by Google

Reichsgesetzgebung ein Material geboten werde, welches ihr hier nothwendiger als irgend wo sonst ist. Wir gestehen nämlich für unseren Theil, wir verzweifeln besonders in diesem Punkte daran, daß die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts vorher und vor Erlassung des Reichsgesetzes zu irgend welchem gedeihlicheren Resultat gelangen werde. Es ist nun durch die Erfahrung auf allen Gebieten des Gemeinen Versicherungswesens (im Gegensatz zur Seeversicherung) zur traurigen Gewißheit geworden, daß Preußen nur zu sehr recht hatte, als es bei Berathung des „Allg. D. H.-G.-Bs." das Gemeine Versicherungswesen ganz in gleicher Weise wie die Seeversicherung gesetzlich geordnet wissen wollte, und als sein Vertreter (Oberjustizrath Dr. Bischoff) es den entgegentretenden Stimmen gegenüber nicht an Anstrengung fehlen ließ, der preußischen Ansicht zum Siege zu verhelfen. Welcher heillosen Verwirrung über die allereinfachsten und elementarsten Fragen wäre vorgebeugt worden, wenn die damaligen Opponenten entweder ihre Opposition unterlassen oder — noch besser — alle ihre Anstrengungen vereinigt hätten, um den Preußischen Entwurf, welcher allerdings dessen bedürftig war, möglichst zu verbessern! Man verzichtete aber auf eine Verbesserung (warum eigentlich, ist mir nach seinem innersten und letzten Grunde noch heute ein Räthsel) und schaffte die Sache durch einfaches Abvotiren aus der Welt, — vielmehr aus dem Gesetzbuche, in welchem man aber geradezu unbegreiflicher Weise und gegen die Tendenz bei der erstmaligen Berathung in Art. 271 gleichwohl die Bestimmung stehen ließ

„Handelsgeschäfte sind ꝛc.

3. die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie."

Nicht ohne ein gewisses Schamgefühl müssen wir nun zwar gestehen, daß in Frankreich im Anfang dieses Jahrhunderts die Verhältnisse mit merkwürdiger Gleichheit behandelt worden sind, so daß man beinahe versucht sein könnte, die Commission für Berathung des Handelsgesetzbuchs habe sich in Nichtbehandlung des Gemeinen Versicherungswesens den Code Napoléon zum Muster genommen; — allein in einer anderen Beziehung und gerade in der allein nachahmenswerthen Richtung ist das Beispiel Frankreichs nicht nachgeahmt worden. Es hat sich nämlich in Frank-

Digitized by Google

reich an den Code de commerce und an die in demselben bezüglich der Seeversicherung niedergelegten Allgemeinen Grundsätze über das Versicherungswesen überhaupt eine Jurisprudence geknüpft, welcher, insoweit wir sie bisher zu übersehen Gelegenheit gefunden haben, im Allgemeinen das Zeugniß der Consequenz und Feinheit in der Logik nicht vorenthalten werden kann. Sollen wir hingegen den Zustand der deutschen Rechtsprechung seit der vor dreizehn Jahren datirenden Erlassung des deutschen Handelsgesetzbuchs, vielmehr seit dessen Reception in den einzelnen deutschen Staaten, und insbesondere selbst in der — allerdings noch kürzeren — Zeit seit Organisation des Oberhandelsgerichts in Leipzig offen characterisiren, so können wir ihn im Allgemeinen nicht anders bezeichnen als einen Zustand gelinder Anarchie. Auf keinem Gebiete ist dies aber mehr der Fall, der Widerspruch einzelner Erkenntnisse unter einander ein größerer und grellerer, als gerade auf dem Gebiete des Agentenwesens.

Allerdings dürfen wir nicht ungerecht sein.*) Die Commission für Berathung des „Allg. D. H.-G.-Bs." hatte sich über den allgemeinen Begriff „Agent" selbst nicht zu einigen vermocht (Protocolle, S. 88, 103—108, 936, 963, 1295, 4515—4517) und hat daher vorgezogen, darüber ihrerseits im Gesetze das tiefste Schweigen zu beobachten. Auf solche Weise enthält das Handelsgesetzbuch zwar Bestimmungen über Procuristen und Handlungsbevollmächtigte (Art. 41—56), Handlungsgehilfen (Art. 57—65), endlich über Mäkler und Sensale (Art. 66—84), aber keine einzige über Agenten. — Es muß bei dem Folgenden vorausgesetzt werden, daß man sich über die Eigenschaften und Befugnisse jeder einzelnen dieser Personen nach dem Gesetzbuche vollkommen klar ist. In letzterer Beziehung, d. h. was die Wirkung des von dem Untergebenen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für den Principal betrifft, ist besonders Art. 52 wichtig. Nach demselben sind im allgemeinen die von den Procuristen und Handlungsbevollmächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte

*) Ueber den Antheil der Gesellschaften mit einem zum Theil unqualificirbaren Gebahren s. „Zeit- und Streitfragen" (Carl Hebel) 1874, Heft 39: das Versicherungswesen vom Referenten S. 36 ff.

Digitized by Google

für den Principal ebenso verbindlich, als ob er sie selbst abgeschlossen hätte. Anders bei den Handlungsgehilfen. Hier entscheidet nur die specielle Vollmacht, welche ihnen etwa der Principal ertheilt hat. Der Mäkler endlich vertritt keinen der beiden Contrahenten, derselbe ist nichts mehr und nichts weniger als der bloße Vermittler von Rechtsgeschäften zwischen anderen Personen, welche, was diese Rechtsgeschäfte betrifft, nur unter sich in das Vertragsverhältniß treten.

Was ist nun der Agent?

Wir wollen unsere Ansicht kurz und bündig genug sagen: Das läßt sich gar nicht sagen! Es ist bei der Vieldeutigkeit des Namens jedes Mal erst nach den factischen Verhältnissen zu entscheiden, was der betreffende „Agent" eigentlich ist, mit anderen Worten: die Frage ist im eminenten Sinne lediglich eine quaestio facti.

Eine größere Verwirrung nun aber gerade über die specielle Frage, was der gewöhnliche „Agent" bei den Versicherungsgeschäften, bei der Feuer- und Lebensversicherung insbesondere, sei, — eine größere Verwirrung ist nach unserer Ansicht geradezu undenkbar; wenigstens erinnern wir uns bezüglich keiner anderen Frage eine auch nur entfernt ähnliche Verwirrung getroffen zu haben.

Wir können uns diese Verwirrung aber erklären, und schon das scheint uns nach dem trostlosen Zustand des mit Gottes Hülfe nun endlich auf den letzten Füßen gehenden „Gemeinen Deutschen Rechts" unmaßgeblichst ein Verdienst zu sein.

Wir haben diesen Zustand schon anderwärts wiederholt in das wohlverdiente Licht zu setzen gesucht.*) Wir können hier überdies deshalb kurz sein, weil er — ein Notorium bildet. Seit Reception eines total fremden, zu den Bedürfnissen des heutigen Verkehrs oft wie die Faust aufs Auge passenden Rechtes, mit Einem Wort, seit Reception des Römischen Rechts ist es in der Rechtsprechung zu einer Art Regel geworden:

„Wo die Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein!"

---

*) Erörterungen aus dem Gebiete des Assecuranzwesens. München bei R. Oldenbourg, 1873, Heft I u. II.

Digitized by Google

Man hat sich zuerst vor lauter Gelehrsamkeit der Gegenwart so vollständig als immer möglich entfremdet und sich mit einem ausgesprochenen Hochmuth gegen alles Einheimische in das fremde Recht vergraben, und dann hat man angefangen nicht etwa die factischen Zustände der Gegenwart mit Verständniß unter den einen und anderen Satz des fremden Rechts zu subsumiren, nein, im Gegentheile, man hat den umgekehrten Weg eingeschlagen und beliebige Sätze und Begriffe des fremden Rechts den factischen Verhältnissen der Gegenwart aufoctroyirt, man hat Begriffe und Sätze des fremden Rechts als Oberstes hingestellt und darunter hinein mußten die Zustände der Gegenwart, ob sie wollten oder nicht, d. h. gleichviel ob sie unter jenes Oberste in der That paßten oder nicht. Paßten sie nicht, so wurden sie beschnitten und so lang an ihnen herum handthiert, daß es am Ende wirklich beinahe aussah, als ob jetzt alles vortrefflich zusammenpaßte. Man muß selbst Richter gewesen sein, um zu wissen, wie im Einzelnen bei etwas schwierigeren factischen Verhältnissen an der Hand des „Gemeinen Deutschen Rechts" verfahren zu werden pflegte. Wir heben Eines heraus. In jedem Rechte ist es eine ebenso verhängnißvolle als schwierige Frage, in welcher Weise Verträge durch Dritte abgeschlossen werden können, welche Personen zu solcher Vertretung an sich oder in Folge besonderen Auftrags — eines General- oder Specialauftrags — zum Abschlusse für Dritte berechtigt sind, welche Wirkung die durch solche Mittelspersonen abgeschlossenen Verträge für sie selbst und für die vertretene Person haben. Das Römische Recht ist über diese Fragen zu keinem definitiven Abschlusse gekommen, sondern ist gewissermaßen noch mitten in der Entwickelung begriffen gewesen, als plötzlich der rechtsfortbildende Geist theils gewaltsam abgetödtet wurde, theils in sich selbst erstarb. Auf solche Weise ist es ganz selbstverständlich, daß jedenfalls so lange die Römische Rechtsgeschichte noch auf einer niederen Stufe stand, die Erkenntniß dessen, was denn das Römische Recht selbst über jene Fragen bestimmt und endgültig festgestellt habe, schon eine äußerst schwierige war. Es regnete denn auch für das Römische Recht selbst und abgesehen von aller Anwendung auf die Deutsche Gegenwart Streitfragen und Controversen aller Art. Nun kam aber hinzu, daß der Ver-

Digitized by Google

kehr, besonders der ganze kaufmännische Verkehr seit den Kreuzzügen einen ungeahnten Aufschwung genommen hatte, daß große Rechtsinstitute entstanden, wovon das alte Rom so gut wie keine Ahnung hatte. Gegenüber der Mannigfaltigkeit und reichen Ausbildung aller diesbezüglicher Verhältnisse nun aber blieb der „ächte" Jurist, das heißt der dem Römischen Rechte mit Kopf und Herz ergebene Richter, gegen die deutsche Gegenwart verknöchert und zugeknöpft, nur auf dem fremden gem. Recht, auf der grundgelehrten Römischen Rechtswissenschaft stehen, und — die Verwirrung war fertig.

Es regnete Argumente und Analogien; mit Mandatum praesumtum, Mandatum tacitum, generale, incertum, mit Actio institoria vel quasi, Negotiorum gestio und wie sie alle heißen die gelehrten Dinge war herumgeworfen, ein Verständniß der factischen Verhältnisse, der gegenwärtigen Zustände, welche unter den Subsumtionen, Analogien u. dgl. zu leiden hatten, fehlte nicht nur durchaus, sondern man verschmähte es sogar, mit diesem gemeinen Zeuge die gelehrten Hände zu besudeln. Es fehlten also nicht nur die aus den factischen Zuständen allein ziehbaren Schlüsse und Begriffe, sondern man ließ sie absichtlich bei Seite,

„das Wort stellte ja doch zur rechten Zeit sich ein!"

Viele werden über diese Ausführungen die Achseln zucken oder sie mit der gleichen souveränen Verachtung strafen, mit welcher man den factischen Zuständen der Gegenwart selbst zu begegnen pflegte, — wir machen uns daraus nicht das Mindeste, denn wir sind uns der Wahrheit und der Beistimmung Anderer und gerade Solcher bewußt, auf deren Urtheil wir etwas geben.

Aber das wird selbst unter den heutigen Romanisten kaum mehr Einer leugnen: einer der größten Mißbräuche ist der mit dem römisch-rechtlichen Mandatum in seiner Anwendung auf handelsrechtliche Verhältnisse überhaupt, und das Versicherungswesen insbesondere getriebene!

Der Agent ist **„Mandatar"**, das Sätzlein sollte noch in den neuesten Zeiten in den verschiedensten Wendungen verhängnißvoll werden! Einmal hieß es, er ist Mandatar der Gesellschaften, dann wieder der Sichversichernden, einmal hatte

Digitized by Google

er Präsumtiv-, ein anderes Mal geheime oder gar moralische Vollmacht. Doch wir müssen die Besprechung der einzelnen Phasen der Rechtsprechung im Einzelnen dem speciellen Theile vorbehalten.

Hier genügt es uns auszuführen, daß Agent und Mandatar — **zweierlei** ist, und wir unsererseits werden das römisch-rechtliche Wort „Mandatar" überhaupt bei Seite lassen, und uns nur an „die Begriffe", d. h. an die factische Stellung der **verschiedenen** Agenten halten.

Es ist seit Erlassung des Handelsgesetzbuchs schon wiederholt der Versuch gemacht worden, den allgemeinen Begriff der „Agenten" wie sie heutzutage vorkommen, in eine allgemeine Definition zu bringen. Nicht als mißlungen kann z. B. die Definition erachtet werden, welche Goldschmidt in seinem Handbuch des Handelsrechts*) giebt. Allein wir glauben einerseits, daß sie so lang und verclausulirt ist, daß sie den Zweck einer Definition oder selbst nur Characterisirung doch nicht erreicht; auf der andern Seite halten wir eine wissenschaftliche Definition gegenüber dem Schweigen der Gesetzgebung gerade in diesem factisch vielgestaltigem und schwankendem Punkte immerhin für gefährlich.

So viel ist sicher, in der Commission für Berathung des Handelsgesetzbuchs wurde wiederholt anerkannt, daß die Agenten weder Procuristen, noch Handelsbevollmächtigte sind. Jedenfalls ist es also durchaus unrichtig aus dem Worte „Agenten" zu argumentiren, die Gesellschaft werde durch die Agenten repräsentirt und verpflichtet. (Vgl. den trefflichen Aufsatz von Stadtgerichtsrath Dr. Wolff in der Zeitschrift von Malß Bd. I, S. 216.)

---

*) Goldschmidt definirt hier Bd. I, S. 471: „Agent ist ein Jeder, der selbständig und gewerbsmäßig, aber weder als Commissionär noch als Mäkler, für fremde Rechnung und in fremdem Namen in Handelsgeschäften thätig ist. Sein Gewerbe besteht darin, daß er sich in eigenem Namen erbietet, fremde Geschäfte in fremden Namen zu vermitteln, abzuschließen oder auszuführen. Er ist stets Bevollmächtigter eines oder mehrerer Handlungshäuser, auswärtiger oder desselben Platzes; der Kreis seiner Machtgeber ist aber principiell stets ein unbeschränkter und er steht als Agent zu keinem derselben in dem untergeordneten Verhältnisse eines Handlungsbevollmächtigten zum Principal oder gar in dem Dienstverhältnisse eines Handlungsgehilfen." So die Definition Goldschmidts.

Digitized by Google

Ebenso wenig sind die Agenten hiernach unter den Mäklern zu begreifen, oder die diesbezüglichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs sofort auf die Agenten anzuwenden.

Die Eigenschaft und Befugnisse der Agenten sind vielmehr wie gesagt nach den obwaltenden factischen Umständen allein zu beurtheilen. Was insbesondere die bei den Versicherungsanstalten thätigen Agenten betrifft, kann es lediglich darauf ankommen, wie sie gemäß den Gesellschaftsstatuten und den mit ihnen abgeschlossenen Dienstesverträgen zusammt den Instructionen gestellt sind. So lange die Gesetzgebung nicht allgemein durchgreifende oder unbedingt zwingende Vorschriften aufstellt, bleibt daher Nichts übrig, als auf die diesbezüglichen Verhältnisse der einzelnen Gesellschaft zu recurriren. Ein „Gemeines deutsches Recht" über die Stellung der Agenten bei dem Versicherungswesen hat unseres Wissens noch kein einziger Rechtslehrer behauptet.

Wie ist die Vollmacht des Agenten bei der betreffenden einzelnen Gesellschaft bestellt? Das und das allein ist die Frage, welche in jedem einzelnen Falle im Voraus zu beantworten ist, ehe an die weiteren Fragen gegangen werden kann: Hat der Agent im concreten Falle innerhalb seiner Vollmacht gehandelt? Hat seine Handlung, wenn er nicht den Vertrag selbst abzuschließen befugt war, irgend welche Wirkung auf den durch ein anderes Organ der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag? Hat er seine Vollmacht überschritten? Liegen Umstände vor, welche auch in diesem Falle die Gesellschaft haftbar erscheinen lassen?

Was nun die Vollmacht der Agenten bei den einzelnen Gesellschaften betrifft, so ist im Allgemeinen, d. h. nach den meisten, wenn nicht nach allen Statuten von den „Agenten" vor allem wohl zu scheiden: der Generalagent, welcher im allgemeinen für einen wahren Repräsentanten der Gesellschaft erklärt und in dessen Vollmacht die Befugniß zu einem die Gesellschaft bindenden Vertragsabschlusse gelegt ist.

Was nun aber das Heer der Agenten im Uebrigen, der Agenten im engeren und eigentlichen Sinne (auch, „Unteragenten" genannt), welche seitens der Gesellschaften besser wohl allein als „Agenten" zu benennen sein dürften, betrifft

Digitized by Google

drängt sich allerdings zunächst eine, ich möchte sagen öconomische Frage in den Vordergrund und gerade dieses öconomische Verhältniß ist unseres Erachtens *eines* jener von uns oben zunächst im Auge gehabten factischen Verhältnisse und vielleicht das allerdurchschlagendste und verhängnißvollste, welches der Richter, wenn er wahrhaft gerecht sein will, *nie* aus den Augen verlieren darf. Es ist nämlich leider im Allgemeinen nicht möglich und noch nirgends, auch in Frankreich, England und Nordamerika nicht durchführbar gewesen, daß eine Gesellschaft nur solche Personen als Agenten aufstellen könnte, welche sowohl in socieller als in technisch rechtlicher Beziehung die Garantie dafür böten, daß sie im Hinblick auf den Rechtsact des Vertragsabschlusses durchaus als Vertrauensmänner der Gesellschaft und als die Gesellschaft vollständig repräsentirend erachtet werden könnten. Nahe genug läge es freilich, daß die Gesellschaften nur *solche* nach allen Seiten vertrauenswürdige Personen zu Agenten bestellten, und nach unserer Ansicht ist es auch gar keine Frage, daß dies ein Punkt ist, welcher so gut es immer möglich ist einer Reform bedarf und selbst wenn das Rechtsverhältniß der Agenten zu den Gesellschaften aus zwingenden öconomischen Gründen ganz auf dem gleichen Stande wie bisher erhalten werden müßte, wird es eine Pflicht der Gesellschaften sein, größere Vorsicht nicht nur in der Auswahl, sondern auch in der strengen Ueberwachung walten zu lassen. Selbstverständlich ist, daß allen betrügerischen oder auch nur irgendwie eigennützigen und schmutzigen Tergiversationen, vermöge welcher man sich gegen besseres Wissen oder illoyal hinter die beschränkte formelle Rechtssphäre des Agenten versteckt, obwohl man materiell mit den Umtrieben des Agenten selbst unter der Decke steckt, mit größter Aengstlichkeit ferne geblieben werden muß. Es ist nicht nur Pflicht jeder einzelnen Gesellschaft, jeden solchen Vorwurf weit von sich fern zu halten, sondern wir halten dafür, daß sämmtliche deutsche Versicherungsgesellschaften diesbezüglich eine gegenseitige Ueberwachung pflegen müssen, und wir möchten den Vorschlag anregen, ob nicht aus dem Schooße der Versicherungsgesellschaften ein Ausschuß besonderer Vertrauensmänner zu wählen sei, welchem die Aufgabe zugewiesen würde, über die Ehre aller deutschen Versicherungsgesellschaften als Ganzes betrachtet zu wachen und über alle

Digitized by Google

Tergiversationen und Chicane die schärfste Censur zu üben und hierbei unter Umständen sogar den Weg der Oeffentlichkeit zu betreten. Wir machen in dieser Beziehung z. B. auf die anerkannt günstigen Wirkungen der Advocatenkammern, Notarskammern u. dgl. besonders in Frankreich und ähnlich in der Pfalz und den Rheinlanden aufmerksam, wo diese Institute bereits eine längere Geschichte hinter sich haben.

Jedenfalls ist es unseres Erachtens vor allem nothwendig, daß die Stellung der Agenten in der Richtung auf den Vertragsabschluß in den Statuten und den Vertragsformularien selbst aufs Klarste und Bestimmteste normirt sei. Eine Verweisung auf die Instructionen dürfte in keiner Weise genügen. Ebenso halten wir die größte Offenheit gegenüber den Sichversichernden selbst in Bezug auf diese Instructionen für nothwendig, wie wir denn vollste Loyalität gerade auch in Beziehung auf die Thätigkeit der Agenten für das erste Erforderniß des allein entscheidenden Verhältnisses zwischen Gesellschaft und Versicherten überhaupt erachten.

Als eine Störung der anzustrebenden Rechtssicherheit müssen wir es ferner erachten, wenn einzelne Gesellschaften selbst unter den Agenten (im engeren Sinne) eine Scheidung insoferne eintreten lassen, als sie Einzelnen, s. g. Hauptagenten*), eine größere Befugniß in Bezug auf Einwirkung auf den Vertragsabschluß einräumen. Uns schiene es bis zu einer durchgreifenden legislatorischen Ordnung angemessener, wenn von allen Gesellschaften bezüglich aller Agenten das gleiche Verfahren eingehalten würde.

Wie überhaupt in den Statuten und Vertragsformularien, sollten die höchste Vorsicht und größte juristisch-technische Präcision in der Fassung der Policen und Vertragsbestimmungen beobachtet werden. Nur sehr tüchtigen und gewandten Praktikern auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nicht den Beamten der Gesellschaften, auch wenn sie Juristen sind oder resp. seiner Zeit waren), sollte die

*) Hiernach die Eintheilung in Haupt- oder Oberagenten (verschieden von den Generalagenten) und in „Unteragenten".

Digitized by Google

Endredaction anvertraut werden, um so mehr als diese Thätigkeit, welche ohnehin auf dem Gebiete des Versicherungswesens doppelt schwierig ist, heutzutage noch überdies beinahe durch jedes neue Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts zu einem noch schwierigeren wird. Es gilt Klippen zu vermeiden, welche nur eine nicht nur höchst erfindungsreiche, sondern auch zugleich überaus geübte, technisch-juristisch gezügelte Phantasie auszusinnen vermag.

Die Stellung des Agenten lediglich als Vermittler von Versicherungsgeschäften im Allgemeinen sollte überall in einer Weise präcisirt werden, daß auch die rabulistischeste Auslegung nicht aus der Fassung der einen oder anderen Bestimmung herauszudeduciren vermöchte, als ob der Agent in Beziehung auf den abzuschließenden Vertrag selbst ein Mandatar, ein Bevollmächtigter sei, welcher irgendwie hinter dem Rücken der Verwaltung der Gesellschaft, oder gegen ihre Tendenz irgend einen Theil des Vertrages, irgend eine Modification desselben festzustellen hätte.

Daß die Verwaltung der Gesellschaft allein die Contrahentin ist, daß ihr Wille bei dem Vertrage in allen seinen Theilen allein Maß gibt, muß aufs Unzweideutigste ausgesprochen sein. —

Einen Punkt haben wir bisher nicht berührt, obwohl er uns auf die ganze Gestaltung des Agentenwesens und auf den Credit der Gesellschaften überhaupt, ja des gesammten Versicherungswesens von dem fatalsten Einflusse scheint. Es ist die gewöhnliche Art der Zahlung der Agenten und der hierdurch erzeugte Wettlauf unter den einzelnen Agenten verschiedener Gesellschaften, ja oft sogar derselben Gesellschaft von einer ganzen Reihe von Mißständen begleitet, welche, zum Theil ohne alles Verschulden der Gesellschaften selbst, das übelste Licht auf die Gesellschaften zu werfen pflegen. Möge es dem Zusammenwirken der ganzen bei der Versicherungspraxis betheiligten Intelligenz gelingen, hierin die möglichste Besserung zu schaffen.

Es ist uns übrigens eine Art Trost gewesen, daß die aus dem innersten Getriebe des Agentenwesens entspringenden Nachtheile auch in dem Lande gefühlt werden, auf welches man in Bezug auf einzelne Seiten des Versicherungswesens in Deutschland anfängt sehr aufmerksam den Blick zu werfen, um dort und

Digitized by Google

bei der dortigen freien Entwicklung Verbesserungen ausfindig zu machen, welche wir in Deutschland etwa bisher vergeblich angestrebt haben. Wir meinen Nordamerika. In einer neuen ausgezeichnet angelegten New-Yorker Zeitschrift „The International Review" und zwar im Januarhefte*) behandelt der zweite Aufsatz, aus der Feder von Professor Peabody in Cambridge, die „Feuer in den Amerikanischen Städten." Es heißt hier**) wörtlich:

„Wir sehen, was die practische Handhabung betrifft, das Versicherungswesen in den Händen einer Armee von mehreren Tausenden von Agenten der verschiedenen Gesellschaften, deren Jeder, um mit seinem Lohnherrn auf gutem Fuße zu stehen, bestrebt ist, die Nachfrage nach neuen oder erneuerten Versicherungen im frischen Zuge zu erhalten, wobei sie durch die stärksten Verlockungsmittel den Anstoß zu den bedenklichsten für die eigene Gesellschaft selbst gefährlichsten Versicherungen geben. Und dies ist noch nicht Alles. Die Agenten sind im Allgemeinen bezahlt im Verhältniß zu dem jedesmaligen Geschäfte, gewöhnlich 15 Proc. Es giebt kaum ein lucrativeres Gewerbe als es dieses für einen mit guter Zunge und einschmeichelnden Manieren ausgestatteten Mann ist. (Folgt nun die Aufzählung von wirklich ungeheure Summen aufweisenden Beispielen.) Gesetzt nun auch (so fährt Peabody weiter), daß alle diese Agenten streng ehrliche Männer wären, so ist es doch zu weit gegangen, anzunehmen, daß sie alle ohne alle und jede Nebenrücksicht objectiv und klar sehen und ihren Vortheil gänzlich bei Seite lassen, so daß sie mit der Objectivität des Richters wie er sein soll und mit ängstlicher Strenge jede Seite der Gefahr und des Risicos für ihre Gesellschaften abwägen. Liegt es nicht menschlich nahe, daß ein Mann, der in keiner Weise unrecht zu handeln beabsichtigt, in seiner Gefälligkeit für den Nebenbürger, welcher die Freundlichkeit hatte, gerade ihn unter der ganzen Menge der anderen Agenten als seinen Vertrauensmann herauszuwählen, verleitet wird, die Größe der einen und anderen Gefahr zu unterschätzen, da ihm im gegentheiligen Falle ein unverhältnißmäßig hoher leicht erworbener Gewinn zu entgehen

*) Es wird sechs Mal das Jahr erscheinen.
**) S. 21.

Digitized by Google

droht? Hierbei nehmen wir wie gesagt Leute an, welchen man Ehrlichkeit in keiner Weise absprechen kann. Nun ist aber ein Theil der Agenten, und in der That kein kleiner, von anderer Art und macht sich mehr oder weniger überhaupt keinerlei Gewissensscrupel!"

Peabody kommt auch von seinem, von dem unsrigen übrigens verschiedenen und lediglich auf die Verminderung der Brandfälle in Nordamerika gerichteten Standpunkte aus zu dem Schlusse, mit welchem auch wir jedoch im allerweitesten Sinne unseren Aufsatz schließen wollen:

Die erste Reformbestrebung sollte gerichtet sein gegen das Institut der Agenten!

V.

Bemerkungen zu Art. 736—741 des Allg. D. H.-G.-Bs.

Von Herrn Dr. L. W. Harder in Hamburg.

Die das Seerecht und das Versicherungsrecht betreffenden Abschnitte des Allg. D. H.-G.-Bs. gehören, wie auch von anderen Seiten*) bemerkt worden, keineswegs zu den gelungenen. Man kann hier eine Eilfertigkeit bei der Behandlung kaum verkennen. Das Gesagte gilt auch von den Bestimmungen der Art. 736—741 und wollen wir nachstehend des Weiteren darüber uns auslassen. Bereits im Jahre 1861 haben wir**) uns dahin ausgesprochen, daß die für Ansegelungsfälle geltenden Bestimmungen nicht anzuwenden seien, wenn ein Aneinandergerathen anderer Fahrzeuge, als Segelschiffe, oder eines Nichtsegelfahrzeuges mit einem Segelschiffe stattfinde und unsere Ansicht scheint von dem Verfasser der Anzeige unserer hier unter dem Texte genannten Schrift im dritten Bande des Neuen Archives für Handelsrecht S. 380 fg.

---

*) Z. B. Ludwig Cohn, der Versicherungsvertrag nach allgemeinen Rechtsprincipien. Breslau 1873, 3a.

**) Harder, zur Lehre von der Ansegelung, Hamburg 1861, 3a (Verlag von Gustav Eduard Nolte) S. 33 u. 34.

Digitized by Google

gebilligt zu werden. Bei den vorliegenden Bestimmungen des Allg. D. H.-G.-Bs. hat man in oberflächlicher Weise, um die Schwierigkeit, welche durch die Wörter „Ansegelung" und „Uebersegelung" entstehen, zu beseitigen, dem in Rede stehenden Abschnitte die Ueberschrift gegeben: Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen. Hätte man nun in den betreffenden Artikeln unterschieden zwischen den Fahrzeugen, welche aneinander gerathen: so wäre der begangene Fehler verzeihlich; allein das ist nicht geschehen und man hat hier ein Beispiel davon, daß die Sucht, durch allgemeine Ausdrücke eine Rechtseinheit zu schaffen, alles unter einen Deckel zu bringen, zu sehr schlimmen Resultaten führt.

Der Artikel 736 bestimmt einfach, der Rheder desjenigen Schiffes, welches schuldvoll den Zusammenstoß veranlasse, sei dem beschädigten Schiffe und seinen Ladungsinteressenten ersatzpflichtig nach Maßgabe der Art. 451, 452. Vorausgesetzt ist bei den Bestimmungen dieses Artikels, was freilich erst aus Art. 737 erhellt, daß auf Seiten des beschädigten Schiffes keine Verschuldung vorhanden ist. Gegen diese Bestimmung läßt sich nichts einwenden. Allein die Bestimmungen in den Artikeln 737, 738 sind durchaus nicht in der Ordnung. Denn bei der Verschuldung kommt sehr wesentlich der Grad derselben in Frage und eine gerechte Beurtheilung wird niemals grobe Fahrlässigkeit mit dem geringsten Versehen gleichstellen. Dazu kommt, daß die in Rede stehenden Bestimmungen auf das Zusammenstoßen jeglicher Art von Fahrzeugen Anwendung finden sollen, und doch wird Jedermann sagen müssen, daß bei der Schuldfrage sehr wesentlich die Bewegungsmöglichkeit des Fahrzeuges, seine Schnelligkeit, seine Bauart, die Eigenschaft der Fahrstraße in Betracht kommt. Daß bei dem Zusammenstoßen von Dampfschiffen mit Segelschiffen, von Dampfschiffen und Segelschiffen mit Ruderfahrzeugen oder gar mit Fahrzeugen, die nicht einmal gerudert, sondern mit Stangen fortgestoßen werden, ohne Mitwirkung jeglicher Steuerkraft, daß hierbei ein großer Unterschied obwaltet und daß bei der Frage nach der Verschuldung sehr wesentlich in Betracht kommt, ob der Zusammenstoß auf freier Wasserbahn, oder in einem mit Fahrzeugen angefüllten Hafen, oder in einem nicht sehr breiten Kanale stattfindet, darüber wird bei gerechten Leuten nicht leicht ein Zweifel entstehen können. Dazu kommt, daß auch

Digitized by Google

die bauliche Beschaffenheit der zusammenstoßenden Fahrzeuge in Betracht zu ziehen ist, weil durch die schlechte bauliche Beschaffenheit eines Schiffes der Umfang des entstehenden Schadens eine größere Ausdehnung erlangt, als bei einem Fahrzeuge von guter baulicher Beschaffenheit. Es zeugt von geringer gesetzgeberischer Befähigung, wenn man die bestimmenden allgemeinen Gesichtspunkte nicht ins Auge fassen kann und für jeden Fall eine Regel aufstellt, wenn man in casuistischer Weise verfährt, wie das Preuß. Landrecht. Allein es ist kein geringerer Mangel an Befähigung, wenn man nur allgemeine Gesichtspunkte bezeichnen kann, ohne anzugeben, was unter die von ihnen bestimmten Linien fällt. Bei der Prüfung der Frage, in welchem Grade Verschuldung stattgefunden habe, wird freilich die Gesetzgebung nicht über die treibende Kraft der Bewegung, über die Bauart, über die Eigenschaft der Fahrstraße, über Lenkungsmöglichkeit sich ausführlich verbreiten können; allein sie hat den Richter anzuweisen, den Grad der Verschuldung festzustellen und dabei sein Augenmerk auf Bewegungskraft, Bauart, Eigenschaft der Fahrstraße, Lenksamkeit der aneinander gerathenenen Fahrzeuge zu richten. Z. B. ein Dampfschiff fährt im Dunkeln eine auf offenem Strome treibende oder fahrende, durch Lichtsignale gehörig bezeichnete beladene Schute in den Grund; oder ein Dreimaster übersegelt bei starkem Winde an hellem Tage, auf breitem Strome ein kleines unbeholfenes Leichterschiff von mangelhafter Steuerkraft. Solche Anweisung fehlt aber in unserem Artikel gänzlich, während sie ganz leicht hätte hinzugefügt werden können. Wäre ein solcher Zusatz gemacht worden, dann würde man da, wo grobe Verschuldung vorliegt, Schadensersatzpflicht in größerem Maße anerkennen müssen, als da, wo geringeres Verschulden stattfindet. Wenn nun aber auch solcher Zusatz bei Artikel 737 nicht gemacht ist: so dürfte man gleichwohl den Richter der Pflicht, den Grad der Verschuldung zu prüfen, nicht für überhoben erachten dürfen, weil das Allg. D. H.-G.-B. keine die gemeinrechtlichen Unterschiede zwischen grober und leichter Verschuldung mit ihren Folgen aufhebende Bestimmung enthält und auch, ohne mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein in Widerspruch zu gerathen und selbst der Sittlichkeit zu widersprechen, gar nicht enthalten darf.

Digitized by Google

Die Bestimmungen des Art. 738 leiden an derselben oberflächlichen Allgemeinheit, wie diejenigen von Art. 737 und gilt das dort Bemerkte auch hier. Hinzufügen wollen wir nur noch, daß bei solcher Allgemeinheit am leichtesten die Böswilligkeit sich Vortheile verschafft.

Bei Art. 740 würde es nicht geschadet haben, wenn ihm hinzugefügt worden wäre: „Den durch Versehen des Zwangslootsen entstandenen Schaden ersetzt das Lootsencommando desjenigen Gemeinwesens, von welchem der Lootse angestellt ist, dem beschädigten Schiffe, welches gegen den Lootsen gar nicht zu klagen, sondern dessen Commando zu besprechen hat." —

Es kann durch Hafen- und Revierordnungen freilich nicht für den Zusammenstoß auf offenem Meere, wohl aber für den Zusammenstoß in Häfen und Revieren, hier der offenbaren Mangelhaftigkeit des Allg. D. H.-G.-Bs. nachgeholfen werden, z. B. durch Vorschriften für Fahrzeuge verschiedener Bewegungskraft, z. B. für Dampfschiffe und Segelschiffe beim Zusammentreffen. Wir lassen hier aus dem Marseiller Journal de Jurisprudence commerciale et maritime Tome 2, 1872 einige Entscheidungen des Handelsgerichtes zu Marseille in Fällen des Zusammenstoßes von Dampfschiffen mit Segelschiffen folgen, die in vielfacher Hinsicht lehrreich sind und denen diejenigen Entscheidungen Deutscher Gerichte nicht nachstehen werden, die durch die Bestimmungen des Allg. D. H.-G.-Bs. nicht auf einen Irrweg gerathen sind:

Tribunal de commerce de Marseille. Capitaine Cinquini contre capitaine Fourcade.

Jugement:

Attendu que le 7 février dernier, vers huit heures du soir, la tartane italienne Lorenzo a été coulée bas par un abordage du bateau à vapeur le Raphaël;

Attendu que, suivant le rapport de mer du capitaine de ce bateau, il était parti de Gênes le 7 février, à cinq heures et démie du soir, pour Marseille; que, vers sept heures, le deuxième capitaine étant de quart aperçut un feu blanc devant lui; qu'il supposa que c'était le Médéah, parti de Gênes une demi-heure avant le Raphaël; qu'un moment après, le feu disparut; qu'a sept heures 43, au large du cap de Nolis, il aperçut tout à coup une voile sur

Digitized by Google

l'avant du navire, un peu par tribord; qu'il siffla babord pour l'éviter; mais presque aussitôt une secousse eut lieu et la tartane était abordée par l'arrière du côté babord; que le capitaine en premier, retenu dans sa cabine par une indisposition, monta sur le pont et vit le navire abordé par tribord; aucun feu ne se voyait; qu'il fit stopper immédiatement la machine; qu'il fit ensuite machine en arrière; qu'une embarcation mise à la mer se porta au secours des gens de l'équipage de la tartane; qu'on les recueillit à bord du bateau; qu'interrogés par le capitaine du Raphaël, ils repondrent, que leur navire allait vent arrière: qu'il avait ses feux de position, que le Raphaël n'avait pu voir, parce qu'il suivait la même route; qu'ils ont déclaré, en outre, avoir montré une lanterne sur l'arrière et avoir sonné la cloche, que la brise fraiche avait empêché d'entendre; que les passagers du Raphaël ont déclaré, que la tartane n'avait pas de feu;

Attendu, que le capitaine du Lorenzo a cité le capitaine du Raphaël et ses armateurs en dommages-intérêts à raison de la perte de son navire;

Attendu, que les capitaines de navires à voiles ne sont astreints par les règlements qu'à placer des feux de position sur leurs bâtiments;

Attendu que, suivant le rapport de mer du capitaine du Raphaël l'existence de ces feux à bord du Lorenzo a été affirmée d'une part et niée d'une autre; qu'il est certain, que ces feux ne pouvaient pas être aperçus du bord du Raphaël jusqu'à l'abordage, par la raison déja indiquée; que l'abordage n'a donc pas eu pour cause leur absence; qu'on ne saurait d'ailleurs admettre, qu'ils manquaient à bord, ce fait n'étant pas éclairci, et qu'une enquête l'éclaircirait pas davantage, le capitaine ayant constaté les résultats incertains d'un interrogatoire fait par lui;

Attendu, qu'il a relaté dans son rapport de mer qu'il avait vu un feu blanc quelque temps avant l'abordage: que cette déclaration doit faire présumer, qu'il y a toujours eu des feux à bord de la tartane;

Attendu que les voiles de la tartane naviguant vent arrière presentaient une assez grande surface; qu'un surveillant attentif aurait dû les apercevoir du bord du Raphaël un peu avant l'abordage, et que depuis le moment où on aurait dû voir la voile, on aurait eu assez de temps pour prévenir l'abordage par une inclinaison donnée à la direction du bateau, et même par un ralentissement de la

Digitized by Google

machine, les navires allant dans le même sens et le choc ne pouvant résulter que de l'excédant de vitesse de l'un sur l'autre;

Attendu que d'après ces appréciations, un défaut de surveillance ou une négligence à bord du Raphaël a été cause qu'on n'a pas fait assez promptement la manoeuvre, que les circonstances exigeaient;

Attendu, que la tartane n'avait pas, d'ailleurs, de manoeuvre à faire; que la direction qu'elle aurait prise à droite ou à gauche pouvait tout aussi bien amener la rencontre avec le bateau, que la prévenir;

Par ces motifs:

Le Tribunal déclare le capitaine du bateau le Raphaël et ses armateurs responsables de la perte du Lorenzo envers le capitaine Cinquini; les condamne à lui payer la valeur de ce navire à dire d'experts, avec intérêts de droit et dépens;

Nomme à cet effet le sieur Maistre expert, pour serment préalablement prêté devant M. le Président, évaluer la tartane Lorenzo, d'après les documents et les indications qui lui seront fournis.

Du 13. Mai 1872. — Pres. M. Rivoire, chev. de la Légion d'honneur. — Plaid. MM. Negretti pour le capitaine Cinquini, Dubernad pour le capitaine Fourcade.

Prats Hermanos contre capitaine Abeille et Paquet & Co.

Jugement:

Attendu, que le 10 mars-dernier, à midi, le brick-goelette espagnol Francisco est parti de Barcelone pour Montevido; qu'à sept heures du soir, un abordage a eu lieu entre ce navire et un bateau à vapeur; que le navire a été atteint par tribord et a éprouvé des avaries dans sa mâture, son gréement et dans sa coque;

Attendu que le capitaine du brick-goelette a formé une demande en dommages-intérêts contre le capitaine et les armateurs du bateau à vapeur; qui ont repoussé cette demande comme non recevable et mal fondée;

Attendu, sur la fin de non-recevoir par défaut d'exécution de l'art. 435 C. Comm., que, le capitaine étant blessé, le maitre d'équipage est descendu à terre dans la journée du 12, pour donner avis de l'abordage et réclamer un remorqueur; que le navire a été conduit dans le port de Barcelone le 13 dans la nuit; que le même jour il a été dressé un rapport de mer; que dans ce rapport le comparais-

Digitized by Google

sant a qualifié le fait d'abordage comme n'impliquant aucune faute de léquipage, et a protesté contre qui il appartiendrait;

Attendu, qu'à cette époque le bateau à vapeur avec qui avait eu lieu la rencontre le 11, était inconnu; que, le 20 mars, le capitaine du brick-goelette a fait signifier une protestation au capitaine Abeille et aux armateurs du bateau Verité comme auteur de l'abordage;

Attendu, que le représentant du capitaine a passé trop peu d'heures à terre, le 12 mars, pour qu'il y ait eu faute de sa part à ne pas faire de protestation ce jour là; que Barcelone est le premier port où le capitaine ait sejourné plus de vingt-quatre heures; que le jour même de l'arrivée du brick à Barcelone, le remplaçant du capitaine a fait un rapport de mer qui doit être considéré comme une protestation, les faits y étant inséré;

Attendu qu'il n'a pas été justifié ue le bateau à vapeur ait été connu avant le 20 mars par le capitaine du brick-goelette; que la signification de ce jour-là, précédée du rapport du mer du 13, a été une exécution suffisante de l'art. C. Com.

Attendu, au fond, que le brick-goelette, le 11 mars, hors de l'abordage, était près de terre avec un temps calme; que c'était au bateau à vapeur à l'éviter; pourvu que le brick-goelette eut ses feux et put être aperçu; que le remplaçant du capitaine du brick-goelette a annoncé, dans son rapport du 13, que le brick avait ses feux; que le contraire a été affirmé dans le rapport de mer du capitaine du bateau à vapeur;

Attendu que de ce point dépend la solution du procés, et qu'à raison des déclarations des deux capitaines, il y a lieu de chercher dans des enquêtes de nouveaux éclaircissements;

Par ces motifs.

Le Tribunal ordonne, que les parties feront entendre les témoins, qu'elles pourront produire sur le point de savoir, si le brick-goelette Francisco avait eu ou non ses feux à bord lors de l'abordage avec le bateau à vapeur Verité; ordonne que, dans le cas où des témoins ne pourraient être produits que hors de Marseille, ces témoins seront entendus devant des autorités, qui seront rogatoirement commises sur requête présentée au Tribunal par la partie intéressée.

Dépens réservés.

Du 19. juin 1872. — Prés M. Rivore, chev. de la Lé-

Digitized by Google

gion d'honneur. — Plaid. MM.: Berthou pour Prats Hermanos, Hornbostel, pour Paquet et Co., Dubernad pour le capitaine.

Sabater Y Lledo contre Valéry Frères et Fils.

Le 7. mai 1869, le paquebot le Général-Abatucci, de la Compagnie Valéry Frères et Fils, ayant quatre-vingts passagers à bord, était abordé par un navire norwégien, et coulait à fond quelques heures après.

Cinquante-deux personnes périrent dans ce sinistre.

Une poursuite corréctionnelle fut dirigée contre le capitaine et l'équipage sur la prévention d'homicide par imprudence. Cette poursuite aboutit, en appel, à l'acquittement du capitaine, et à la condamnation du second, du maitre d'équipage et de plusieurs matélots.

En même temps les sieurs Valéry Frères et Fils intentaient devant le Tribunal de Livourne, port dans lequel le navire abordeur était entré, une action en indemnité contre le capitaine de ce navire.

Plus tard, une demande en indemnité a été introduite contre-eux devant le Tribunal civil de Marseille par le sieur Sabater Y Lledo, tuteur de quatre mineurs dont les parents avaient péri dans le naufrage, et on a soutenu que la mort des passagers avait été causée, en partie au moins, par la faute de l'équipage, dont l'armateur est civilement responsable.

C' est sur cette demande que le Tribunal a rendu le jugement suivant:

Jugement:

Attendu que, dans la nuit du 6. au 7. mai 1869 le paquebot à vapeur le Général-Abatucci, de la Compagnie Valéry Frères et Fils armé à Marseille, et parti la veille de cette ville à destination de Civita-Vecchia et Naples, a été accosté par le brick norwégien Edouard-Havidt;

Qu'à la suite de cette rencontre, et après des efforts désespérés tentés par son capitaine pour amener un sauvetage, le navire a soubré entrainant et engloutissant avec lui 52 passagers dans l'abîme;

Attendu que parmi les victimes de cette épouvantable catastrophe se trouvaient les nommés Pierre Cavalle et Gaëtan Strada, tous deux sujets espagnols; que les enfants de ces malheureux. tous mineurs, actuellement représentés par le même tuteur, ont intenté une action en dommages-intérêts contre la Compagnie Valéry;

Digitized by Google

Attendu, que cette action a un double caractère; qu'elle tend à faire considérer la Compagnie comme engagée d'abord directement par des faits, qui lui seraient personels, et comme responsables ensuite des fautes, qui auraient été commises préposés le capitaine et les gens de l'équipage;

Attendu, qu'il y a donc lieu de rechercher comment a été amené cet affreux malheur, s'il doit être attribué à une cause unique, s'il n'a pas occasionné au contraire, par le concours de plusieurs agents, quelle est la part de responsabilité qui doit incomber à chacun; examiner enfin les moyens présentés par les défendeurs pour s'exonérer des obligations qui pourraient peser sur eux;

Attendu qu'il faut reconnaitre tout d'abord que, pendant que le Général-Abatucci avait ses trois feux de position allumés et suivait sa marche d'une manière régulière, à une vitesse de dix noeuds à l'heure, le brick norwégien s'avançait au milieu d'une nuit obscure, et par un temps pluvieux, sans avoir les feux réglementaires prescrits par les traités internationaux;

Que celui-ci, apercevant le premier l'autre navire, aurait pu l'éviter, si le pilote de quart eut manoeuvré conformément aux principes de la navigation;

Que ces faits sont établis de la manière la plus certaine par les divers documents versés au procès, notamment par les procès-verbaux d'enquête réligés à l'occasion des poursuites intentées devant le Tribunal correctionnel de Marseille et par les pièces du procés intenté en Italie devant le Tribunal de Livourne, et en appel devant la cour de Lucques;

Attendu que si la cause première du sinistre doit être incontestablement attribuée au brick norwégien, il n'y a pas moins à examiner si les propriétaires du Général-Abatucci, leur capitaine, leurs matelots n'ont pas aussi, quoique au second rang encouru une part de responsabilité;

Qu'on peut se demander, en effet, si tout était disposé sur le navire français pour faire face, dans la limite du possible, aux conséquences de cette fatale rencontre, si tout a été conduit pour assurer le sauvetage des passagers, si tous ceux qui avaient charge de leur conservation, ont rigoureusement rempli les devoirs qui leur étaient imposés;

Que la faute imputable au bateau étranger n'exclut donc pas nécessairement celle qui pourrait être aussi reprochée a ceux, qui auraient livré aux caprices et aux éventualités de la mer un navire mal établi, mal armé, ou,

Digitized by Google

qui au moment du danger, auraient failli à leur mandat et n'auraient pas pris toutes les mesures dont ils pouvaient disposer pour remèdier aux suites de l'abordage, ou pour en diminuer les affreuses conséquences;

Sur la responsabilité directe de la Compagnie;

Attendu que toutes les pièces produites établissent que le Général-Abatucci se trouvait dans de bonnes conditions pour tenir la mer et faire face aux nécessités et aux hasards de la navigation;

Que les procès-verbaux des deux visites officielles faites peu de temps avant son départ prouvent que son état matériel ne laissait rien à désirer, et qu'il était pourvu de tous les agrès, engins, appareils nécessaires à un voyage de mer;

Attendu que les prescriptions réglementaires avaient même été dépassées;

Que, d'après le permis de navigation délivré à la Compagnie le 17 mai 1867, son équipage proprement dit devait se composer seulement de dix personnes, et qu'il y en avait treize à bord; que le personnel de la machine comptait un homme de plus; que le bateau devait être pourvu de deux embarcations, et qu'il en avait trois;

Qu'il pouvait embarquer jusqu'à 500 passagers, et qu'il n'en avait que 80;

Qu'il avait la faculté de transporter 300 tonnes de marchandises, et qu'il en avait un nombre bien moins considérables;

Attendu, qu'il faut dire encore, que ce navire, de la force de 120 chevaux, sorti en 1857 des ateliers justement renommés de la maison Scott, en Ecosse, avait été construit dans les meilleures conditions de solidité; que ses toles avaient une épaisseur plus grande que celles de bien des navires d'un plus fort tonnage; que ses cloisons étaient fortement soutenues et reliées aux parois, et que tout porte à croire que si la cloison-étanche a fini par céder; c'est qu'elle a été ébranlée tout d'abord par la violence du premier choc;

Attendu que, si le capitaine Nicolai, dont la capacité et le caractère n'ont, au surplus, été attaqués par personne, n'était que maitre au cabotage, il pouvait cependant effectuer en cette qualité le voyage entrepris par le paquebot qu'il commandait, conformément à la loi du 14. juin 1854;

Qu'il n'y a donc, en définitive, aucune faute directe à reprocher à la Compagnie;

Digitized by Google

Sur la responsabilité incombant à celle-ci du chef du capitaine et des gens de l'équipage;

Attendu, en ce qui concerne d'abord le capitaine, qu'il n'est, malgré caractère special, que le préposé du propriétaire du navire;

Qu'il importe peu que celui-ci ne puisse le choisir que dans une catégorie particulière d'individus qui ont fait certaines études et subi des épreuves déterminées;

Que cela n'empêche pas que le capitaine, bien que réputé dans le commandement maître du navire, magister, ne soit, en réalité, un mandataire de l'armateur;

Que c'est de ce principe de droit commun que découle la regle spéciale posée dans l'art. 216 C. Com., d'après laquelle tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine;

Que cette responsabilité est indéfinie et absolue, et comprend les faits illicites, les fautes, les délits, les quasi-délits, aussi bien que les obligations civiles, comme le disait la loi romaine: (l. 1, § 5 Dig. de Exercit. act.) „omnia enim facta magistri debet portare qui eum praeposuit;"

Attendu, en ce qui touche les gens de l'équipage, que les principes sont les mêmes; que l'armateur doit aussi répondre de leurs fautes; que si l'art. 216 ne parle que des faits de celui qui dirige le navire; c'est que les faits des matelots se confondent le plus souvent avec ceux du capitaine qui les commande, qui doit en répondre, mais que la responsabilité spéciale de ce dernier ne saurait faire disparaitre celle du propriétaire, qui est plus générale et qui les embrasse toutes;

Attendu que le principe de la responsabilité de l'armateur vis-à-vis de l'équipage réside, en effet, dans la circonstance, qu'il participe à sa formation;

Que l'art. 223 C. Com. porte que, s'il appartient au capitaine de former l'équipage il doit cependant le faire de concert avec le propriétaire lorsqu'il se trouve au lieu de sa demeure;

Attendu, en fait, que c'est ce qui s'est passé dans l'affaire actuelle, que le choix de l'équipage du Général-Abatucci a eu lieu au port de l'armement, à Marseille même; qu'il est constant, en outre, que dans la Compagnie Valéry, comme dans toutes les grandes sociétés de navigation, les matelots sont choisis par un agent spécial de résidence fixe, et qui est connu sous le nom de capitaine d'armement;

Digitized by Google

Attendu, qu'il faut donc reconnaitre en principe et en fait que Valéry frères et fils doivent répondre des faits de l'équipage aussi bien que de ceux du capitaine;

Attendu qu'il ne reste plus qu'à examiner si les préposés ont commis des fautes qui puissent engager la responsabilité de leur commettant;

Attendu qu'il y a lieu de rappeler tout d'abord qu'avant le procés actuel, des poursuites ont été dirigées contre eux à la requête du ministère public devant le Tribunal correctionnel de Marseille, et que le 3. août 1869 est intervenu un jugement, qui leur attribue une part de responsabilité dans la mort des malheureuses victimes de cette affreuse rencontre, et qui les déclare coupables d'homicide par imprudence, inattention, négligence, inobservation des réglements;

Que, par suite, et conformément aux dispositions de l'article 319 C. pénal, Nicolai, capitaine, a été condamné à un mois de prison, Giaccobini, second, à deux ans de la même peine et à cinquante francs d'amende; Alessandrini, maitre d'équipage, à quinze mois et cinquante francs d'amende; Valéry, Marini, Balsano, matélots, à trois mois; Prosperi et Alfonsi à deux mois;

Attendu, qu'il faut relater encore que, Nicolai, Giaccobini et Alessandrini ayant émis appel de cette décision, la Cour. impériale d'Aix a rendu, le 28 août, un arrêt par lequel elle acquitte le capitaine et le renvoie de la prévention portée contre lui, confirme la condamnation prononcée contre le second, et éléve à deux ans la durée de l'emprisonnement du maitre d'équipage;

Attendu que c'est en l'état de ces faits, de l'acquittement du capitaine, de la condamnation de plusiers membres de l'équipage, qu'on est amené à examiner quelle est l'influence que ces décisions peuvent exercer sur l'action civile qui est l'object du procès actuel;

Attendu que le Code d'instruction criminelle, en édictant dans son art. 3 que l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, attribue à cette dernière action un caractère essentiellement préjudiciel;

Qu'il s'ensuit, que la décision intervenue à la requête du ministère public, même en l'absence de la partie lésée, a nécessairement l'autorité de la chose jugée envers et contre tous, lorsqu'en acquittant le prévenu, elle nie l'exi-

Digitized by Google

stence du fait, qui lui est reproché, ou lorsqu'en le condamnant, elle reconnait sa participation à ce fait;

Que dans ces termes, l'affirmation de l'innocence du prévenu au criminel devient pour lui un titre définitif qui ne permet plus à la partie civile de remettre le fait en question, comme la déclaration de culpabilité devient un titre irréfragable, qui defend au condamné de contester le fait, qui a engagé sa responsabilité;

Attendu que c'est ainsi que la chose jugée au criminel sur la nonexistence ou sur l'existence du fait engendre les deux actions, est amenée nécessairement a exercer une influence souveraine sur le sort de l'action civile;

Attendu que la régle est aujourd'hui nettement posée par la Cour de cassation par son arrêt du 7. mars 1855 (Dalloz 55, 1me partie p. 80);

Que le fait reconnu constant par la première juridiction est définitivement établi, et ne peut plus être contesté;

Que celui réputé non-existant ne peut plus être réveillé soumis à de nouvelles preuves et à une seconde discussion;

Qu'il ne faut pas que la dernière instance puisse aboutir à une contradiction avec la première, et mettre ainsi en opposition le criminel avec le civil;

Que l'action civile, en un mot, ne conserve son indépendance vis-à-vis des prévenus acquittés que lorsque la déclaration de non-culpabilité n'exclut pas nécessairement l'existence du fait;

Attendu, qu'il y a donc lieu de rechercher, si le fait, sur lequel repose l'action civile n'est pas le même, que celui, pour lequel la juridiction criminelle a déclaré la nonexistence; en ce qui a trait au capitaine et reconnu l'existence en ce qui concerne les gens de l'équipage;

Attendu, que l'arrêt de la Cour qui acquitte le capitaine Nicolai porte que „rien ne justifie la prévention, et qu'eût-il comme l'ont trouvé les premiers juges, mieux fait d'adopter telle ou telle mesure, on ne saurait lui en faire un grief puisque rien n'indique que ces mesures eussent pu avoir plus d'efficacité, que celles qu'il a prises; qu'en fut-il autrement, comment ne pas tenir compte à Nicolai de la cruelle position, qui lui était faite, quand, préoccupé avec tant de raison de l'état dans lequel se trouvait son navire, abandonné de son équipage, il a cependant pris, sans répos, sans découragement, et avec toute l'énergie possible, les mesures par lui jugées utiles à la conser-

Digitized by Google

,vation de ceux qu'il avait mission de conduire et de proteger. Qu'il y a donc, quant à lui, juste raison de le décharger des condamnations prononcées."

Attendu, que la juridiction criminelle, appréciant souverainement les circonstances de la cause, et absolvant le capitaine, a donc proclamé, qu'il avait rempli son devoir, et qu'il n'y avait aucun fait répréhensible à lui reprocher;

Attendu, que cette décision est définitive et ne saurait être aujourd'hui contredite;

Que c'est copendant ce qui arriverait si la partie civile pouvait remettre en question un fait qui n'existe pas d'après la sentence criminelle;

Que ce sont deux propositions inconciliables, la seconde ne pouvant s'établir que par le renversement de la première;

Attendu que, s'il y a chose jugée en faveur du capitaine, puisque la juridiction criminelle a décidé que le fait n'existait, pas il y a également chose jugée a l'encontre du second, du maitre d'équipage et des autres matelots, puisqu'elle a jugée que le fait existait;

Que le fait allégué aujourd'hui par la partie civile contre ces derniers est identiquement le même;

Que c'est également celui d'avoir manqué à tous les devoirs de la profession, d'avoir l'âchement déserté le bord au moment du danger, d'avoir désobéi au capitaine, d'avoir déserté, d'avoir contrevenu aux dispositions du décret du 24. mars 1852, d'avoir enlevé au commandant tous ses moyens d'action, d'avoir ainsi concouru à la perte des malheureuses victimes de l'abordage en ne faisant rien pour assurer leur salut;

Attendu que c'est avec raison que cette conduite, si contraire aux traditions de la marine française, a été sévèrement appréciée et réprimée;

Que ce fait, ne fut-il pas établi par la chose jugée, devrait encore être envisagé de la même manière;

Attendu que la Compagnie doit donc répondre de la conduite si coupable des matelots préposés par elle au service de son navire;

Qu'il importe peu, qu'à côté de faits actifs se trouvent des faits d'omission, d'inaction, de défaillance morale, de lâcheté;

Que la loi ne distingue pas, et que les commettants doivent répondre, d'une manière générale, aux termes de l'art. 1384 C. N., du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Sur le moyen d'exonération présenté par la Compagnie:

Digitized by Google

Attendu que celle-ci, prévoyant le cas, où le Tribunal reconnaitrait sa responsabilité, demande subsidiairement dans ses secondes conclusions du 16 février dernier, qu'il lui soit concédé acte de ce qu'elle fait aux adversaires l'abandon du navire et de son fret pendant le voyage, et qu'il soit, par suite, déclaré qu'elle est libérée et déchargée de toutes obligations vis-à-vis d'eux;

Attendu que cette faculté de libération est sanctionnée par l'art. 216 C. Com., qui après avoir dit que tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, ajoute qu'il peut, dans tous les cas s'affranchir de cette obligation par l'abandon du navire et du fret;

Attendu, que ce principe spécial, restrictif des obligations, qui naissent du mandat, étranger au droit romain, s'est dégagé, au moyen-âge, des nécessités de la navigation au milieu des nations commerçantes de la Méditerranée, puisa été formulé dans le Consulat de la mer (chap. 194 et 239), et a passé dans notre Code, après avoir été sanctionné en France par l'ordonnance sur la marine de 1681 (chap. 2, titre 8, art. 2) et par la jurisprudence du Parlement d'Aix (arrêt du 18 mai 1761);

Que cette exception au droit commun, qui limite la responsabilité de l'armateur à l'intérêt qu'il a sur le corps du navire, qui la réduit, pour ainsi dire, à une obligation réelle, circonscrite dans une chose déterminée, a été édictée dans une pensée de protection et d'encouragement en faveur du commerce maritime, pour rassurer le négociant, qui eut peut-être reculé devant les entreprises de mer, si le fait de ses préposés, libres, indépendants, sans surveillance possible, avait pu l'engager d'une manière indéfinie;

Attendu qu'il y a lieu de constater tout d'abord que ce mode protecteur de libération s'applique spécialement aux faits illicites du préposé, aux délits, aux quasi-délits, à toutes les fautes commises;

Que cela a toujours été reconnu, et a été mis plus en relief encore par la loi du 14 juin 1841, qui, pour faire cesser les divergences de la jurisprudence et de la doctrine, a compris nominativement les engagements civils dans la formule de l'art. 216 du C. Com.;

Attendu que la discussion de cette loi a d'ailleurs parfaitement déterminé et rappelé le caractère de cette règle exceptionnelle;

Digitized by Google

Que son but est d'empêcher que la fortune de terre de l'armateur puisse être compromise par les hasards de la navigation;

Attendu que c'est là le principe fondamental de la matière; qu'il s'ensuit que ce mode de libération doit nécessairement embrasser le fait de tous les préposés sans distinction, des gens de l'équipage aussi bien que du capitaine;

Que si l'armateur répond de leur faute comme de celle de l'officier qui les commande, il doit pouvoir s'exonérer de la même manière;

Que la loi, qui n'a pas voulu qu'il put être ruiné par celui qui dirige le navire, n'a pu attribuer cette conséquence désastreuse au fait d'un simple matelot; que la raison est la même, que la conclusion doit être identique;

Attendu que si l'art. 216 ne parle pas des gens de l'équipage, c'est, que les faits de ces derniers, commedit avec juste raison le Tribunal de Commerce de notre ville se confondent le plus souvent avec ceux du capitaine. (Jugement du 15 Octobre 1833. Journal de Jurisprudence commerciale et maritime de Marseille, t. 14, 1, 48);

„Que l'esprit de cet article", ainsi que le proclame encore cette décision, tel que la jurisprudence l'a constamment interprété, „a été d'empêcher que la fortune de terre des armateurs pût, dans aucun cas, être compromise, et qu'il fut exonéré de toute responsabilité généralement quelconque par l'abandon du navire et du fret;"

Que c'est, au surplus, ce que l'on rencontre dans le texte même: Le propriétaire du navire peut, dans tous les cas, s'affranchir de ces obligations par l'abandon du navire et du fret;

Attendu qu'on est ainsi emené à reconnaitre que, si la Compagnie Valéry doit être déclarée responsable des fautes commises par les gens de l'équipage du Général-Abatucci, il y a lieu de lui concéder acte de l'abandon qu'elle fait, et de la décharger, par suite, de toutes les obligations engendrées par cette responsabilité;

Que cette conséquence est moins dérisoire, qu'elle pourrait paraître tout d'abord, puisqu'on voit tous les jours le profit, que les assureurs tirent des épaves, qui leur ont été délaissées;

Attendu que la Compagnie déclare, que le Général-Abatucci n'était pas assuré, et que le contraire n'a pas été prouvé;

Digitized by Google

Qu'il devient donc inutile de rechercher si elle pourrait, comme cela, au surplus, a été décidé, retenir le prix de l'assurance, qui n'est, après tout, que le remboursement de la prime et le fruit d'une sage prévoyance;

Que la situation serait, au surplus, la même, puisque l'assuré après le délaissement aux assureurs, ayant disparu, ceux-ci démeurant les seuls obligés, pourraient à leur tour, faire l'abandon comme l'armateur l'aurait pratiqué lui-même;

Attendu qu'il y a lieu de reconnaître enfin que l'abandon n'est pas une exception, mais un simple moyen de libération;

Qu'il sensuit qu'il peut être offert et réalisé en tout état de cause, même dans des conclusions subsidiaires, ainsi que la Compagnie Valéry l'a fait valablement dans celles du 16 février dernier;

Attendu que ce mode de libération ne devrait être rejeté que si l'armateur y avait expressément renoncé par des actes inconciliables avec l'exercice de cette faculté;

Qu'on ne saurait considérer comme une renonciation, ainsi que le prétendent les demandeurs, l'action commerciale intentée en Italie, à Livourne et à Lucques, par la Compagnie contre le capitaine du navire norwégien;

Que cette instance a été introduite de suite après le sinistre, plusieurs mois avant celle introduite devant le Tribunal civil de Marseille; que le navire étranger se trouvant réfugié dans le port de Livourne, il y avait urgence à faire procéder sans retard à toutes les constatations nécessaires, et à poursuivre la réparation du dommage;

Qu'au surplus, la Compagnie, en procédant comme elle l'a fait, n'a renoncé a aucun de ses droits, et n'a agi, après tout, que dans l'intérêt de tous, et par conséquent des demandeurs eux mêmes;

Attendu que c'est d'après une instruction des plus complètes et une expertise faite par les hommes les plus compétents, que la Cour royale des Lucques a déclaré, par son arrêt du 24 décembre 1869, que l'abordage devait être attribué à la faute du capitaine Jonas Jensen;

Qu'elle la condamné, avec contrainte par corps, à la réparation du dommage occasionné par cet abordage, et à en payer le montant à liquider par jugement ultérieur et séparé, qui devra en même temps fixer la durée de la contrainte par corps;

Qu'elle a confirmé enfin la saisie conservatoire du corps

Digitized by Google

et agrès du brick Edouard-Hwidt, et fixé, pour les effets de cette saisie, la condamnation en réparation des susdits dommages à la somme de 80.000 fr., sans préjudice de plus forte somme qui pourrait être due en vertu du jugement de liquidation;

Attendu que les demandeurs réclament subsidiairement que l'abandon comprenne le montant de cette indemnité; que la Compagnie ne s'y oppose pas, et reconnait le bien fondé de cette réclamation; qu'il est, en effet, conforme aux principes de la matière, que l'indemnité accordée à raison du navire même suive le sort de l'abandon;

Attendu que, les divers points ainsi établis, il reste à fixer le chiffre des dommages intérêts aux-quels les demandeurs ont droit;

Qu'il importe peu que la Compagnie soit liberée par l'abandon; qu'il n'en est pas moins nécessaire que les demandeurs aient un titre pour faire valoir leurs droits, soit sur la chose elle-même, s'il y a lieu, soit sur le fret, soit sur l'indemnité due à l'armateur par le capitaine norwégien; il faut aussi prévoir le cas d'un concours avec d'autres intéressés;

Attendu que si le droit à une réparation est incontestable, il ne faut pas cependant perdre de vue que la faute première, la faute principale, sans laquelle le sinistre ne serait pas arrivé, doit être attribuée au brick norwégien;

Que la responsabilité qui pèse, par suite, sur l'équipage du navire français, n'est que secondaire;

Que l'action contre l'auteur principal de cette affreuse catastrophe demeure entière et pourra suivre son cours;

Que la réparation actuelle doit donc être renfermée dans de sages limites;

Attendu qu'en appréciant sainement les diverses circonstances de la cause, et en ayant égard à la position des demandeurs, il y a lieu de leur accorder à chacun une somme de quatre mille francs à titre de dommages-intérêts;

Sur les dépens:

Attendu, au fond, que Valéry frères et fils succombent, et qu'ils doivent, par suite, être condamnés aux frais;

Qu'il y a lieu, au surplus, de les mettre à leur charge à un autre point de vue, le débiteur devant toujours payer ceux qui se rattachent à la preuve de sa libération;

Par ces motifs:

Le Tribunal déclare la Compagnie Valéry frères et fils, propriétaire et armateur du paquebot à vapeur le Général-

Digitized by Google

Sur la responsabilité incombant à celle-ci du chef du capitaine et des gens de l'équipage;

Attendu, en ce qui concerne d'abord le capitaine, qu'il n'est, malgré caractère special, que le préposé du propriétaire du navire;

Qu'il importe peu que celui-ci ne puisse le choisir que dans une catégorie particulière d'individus qui ont fait certaines études et subi des épreuves déterminées;

Que cela n'empêche pas que le capitaine, bien que réputé dans le commandement maître du navire, magister, ne soit, en réalité, un mandataire de l'armateur;

Que c'est de ce principe de droit commun que découle la regle spéciale posée dans l'art. 216 C. Com., d'après laquelle tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine;

Que cette responsabilité est indéfinie et absolue, et comprend les faits illicites, les fautes, les délits, les quasi-délits, aussi bien que les obligations civiles, comme le disait la loi romaine: (l. 1, § 5 Dig. de Exercit. act.) „omnia enim facta magistri debet portare qui eum praeposuit;"

Attendu, en ce qui touche les gens de l'équipage, que les principes sont les mêmes; que l'armateur doit aussi répondre de leurs fautes; que si l'art. 216 ne parle que des faits de celui qui dirige le navire; c'est que les faits des matelots se confondent le plus souvent avec ceux du capitaine qui les commande, qui doit en répondre, mais que la responsabilité spéciale de ce dernier ne saurait faire disparaitre celle du propriétaire, qui est plus générale et qui les embrasse toutes;

Attendu que le principe de la responsabilité de l'armateur vis-à-vis de l'équipage réside, en effet, dans la circonstance, qu'il participe à sa formation;

Que l'art. 223 C. Com. porte que, s'il appartient au capitaine de former l'équipage il doit cependant le faire de concert avec le propriétaire lorsqu'il se trouve au lieu de sa demeure;

Attendu, en fait, que c'est ce qui s'est passé dans l'affaire actuelle, que le choix de l'équipage du Général-Abatucci a eu lieu au port de l'armement, à Marseille même; qu'il est constant, en outre, que dans la Compagnie Valéry, comme dans toutes les grandes sociétés de navigation, les matelots sont choisis par un agent spécial de résidence fixe, et qui est connu sous le nom de capitaine d'armement;

Digitized by Google

Attendu, qu'il faut donc reconnaitre en principe et en fait que Valéry frères et fils doivent répondre des faits de l'équipage aussi bien que de ceux du capitaine;

Attendu qu'il ne reste plus qu'à examiner si les préposés ont commis des fautes qui puissent engager la responsabilité de leur commettant;

Attendu qu'il y a lieu de rappeler tout d'abord qu'avant le procés actuel, des poursuites ont été dirigées contre eux à la requête du ministère public devant le Tribunal correctionnel de Marseille, et que le 3. août 1869 est intervenu un jugement, qui leur attribue une part de responsabilité dans la mort des malheureuses victimes de cette affreuse rencontre, et qui les déclare coupables d'homicide par imprudence, inattention, négligence, inobservation des réglements;

Que, par suite, et conformément aux dispositions de l'article 319 C. pénal, Nicolai, capitaine, a été condamné à un mois de prison, Giaccobini, second, à deux ans de la même peine et à cinquante francs d'amende; Alessandrini, maitre d'équipage, à quinze mois et cinquante francs d'amende; Valéry, Marini, Balsano, matélots, à trois mois; Prosperi et Alfonsi à deux mois;

Attendu, qu'il faut relater encore que, Nicolai, Giaccobini et Alessandrini ayant émis appel de cette décision, la Cour. impériale d'Aix a rendu, le 28 août, un arrêt par lequel elle acquitte le capitaine et le renvoie de la prévention portée contre lui, confirme la condamnation prononcée contre le second, et éléve à deux ans la durée de l'emprisonnement du maitre d'équipage;

Attendu que c'est en l'état de ces faits, de l'acquittement du capitaine, de la condamnation de plusiers membres de l'équipage, qu'on est amené à examiner quelle est l'influence que ces décisions peuvent exercer sur l'action civile qui est l'object du procès actuel;

Attendu que le Code d'instruction criminelle, en édictant dans son art. 3 que l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, attribue à cette dernière action un caractère essentiellement préjudiciel;

Qu'il s'ensuit, que la décision intervenue à la requête du ministère public, même en l'absence de la partie lésée, a nécessairement l'autorité de la chose jugée envers et contre tous, lorsqu'en acquittant le prévenu, elle nie l'exi-

Digitized by Google

stence du fait, qui lui est reproché, ou lorsqu'en le condamnant, elle reconnait sa participation à ce fait;

Que dans ces termes, l'affirmation de l'innocence du prévenu au criminel devient pour lui un titre définitif qui ne permet plus à la partie civile de remettre le fait en question, comme la déclaration de culpabilité devient un titre irréfragable, qui defend au condamné de contester le fait, qui a engagé sa responsabilité;

Attendu que c'est ainsi que la chose jugée au criminel sur la nonexistence ou sur l'existence du fait engendre les deux actions, est amenée nécessairement a exercer une influence souveraine sur le sort de l'action civile;

Attendu que la régle est aujourd'hui nettement posée par la Cour de cassation par son arrêt du 7. mars 1855 (Dalloz 55, 1me partie p. 80);

Que le fait reconnu constant par la première juridiction est définitivement établi, et ne peut plus être contesté;

Que celui réputé non-existant ne peut plus être réveillé soumis à de nouvelles preuves et à une seconde discussion;

Qu'il ne faut pas que la dernière instance puisse aboutir à une contradiction avec la première, et mettre ainsi en opposition le criminel avec le civil;

Que l'action civile, en un mot, ne conserve son indépendance vis-à-vis des prévenus acquittés que lorsque la déclaration de non-culpabilité n'exclut pas nécessairement l'existence du fait;

Attendu, qu'il y a donc lieu de rechercher, si le fait, sur lequel repose l'action civile n'est pas le même, que celui, pour lequel la juridiction criminelle a déclaré la nonexistence; en ce qui a trait au capitaine et reconnu l'existence en ce qui concerne les gens de l'équipage;

Attendu, que l'arrêt de la Cour qui acquitte le capitaine Nicolai porte que „rien ne justifie la prévention, et qu'eût-il comme l'ont trouvé les premiers juges, mieux fait d'adopter telle ou telle mesure, on ne saurait lui en faire un grief puisque rien n'indique que ces mesures eussent pu avoir plus d'efficacité, que celles qu'il a prises; qu'en fut-il autrement, comment ne pas tenir compte à Nicolai de la cruelle position, qui lui était faite, quand, préoccupé avec tant de raison de l'état dans lequel se trouvait son navire, abandonné de son équipage, il a cependant pris, sans répos, sans découragement, et avec toute l'énergie possible, les mesures par lui jugées utiles à la conser-

Digitized by Google

‚vation de ceux qu'il avait mission de conduire et de proteger. Qu'il y a donc, quant à lui, juste raison de le décharger des condamnations prononcées."

Attendu, que la juridiction criminelle, appréciant souverainement les circonstances de la cause, et absolvant le capitaine, a donc proclamé, qu'il avait rempli son devoir, et qu'il n'y avait aucun fait repréhensible à lui reprocher;

Attendu, que cette décision est définitive et ne saurait être aujourd'hui contredite;

Que c'est copendant ce qui arriverait si la partie civile pouvait remettre en question un fait qui n'existe pas d'après la sentence criminelle;

Que ce sont deux propositions inconciliables, la seconde ne pouvant s'établir que par le renversement de la première;

Attendu que, s'il y a chose jugée en faveur du capitaine, puisque la juridiction criminelle a décidé que le fait n'existait, pas il y a également chose jugée a l'encontre du second, du maitre d'équipage et des autres matelots, puisqu'elle a jugée que le fait existait;

Que le fait allégué aujourd'hui par la partie civile contre ces derniers est identiquement le même;

Que c'est également celui d'avoir manqué à tous les devoirs de la profession, d'avoir l'âchement déserté le bord au moment du danger, d'avoir désobéi au capitaine, d'avoir déserté, d'avoir contrevenu aux dispositions du décret du 24. mars 1852, d'avoir enlevé au commandant tous ses moyens d'action, d'avoir ainsi concouru à la perte des malheureuses victimes de l'abordage en ne faisant rien pour assurer leur salut;

Attendu que c'est avec raison que cette conduite, si contraire aux traditions de la marine française, a été sévèrement appréciée et réprimée;

Que ce fait, ne fut-il pas établi par la chose jugée, devrait encore être envisagé de la même manière;

Attendu que la Compagnie doit donc répondre de la conduite si coupable des matelots préposès par elle au service de son navire;

Qu'il importe peu, qu'à côté de faits actifs se trouvent des faits d'omission, d'inaction, de défaillance morale, de lâcheté;

Que la loi ne distingue pas, et que les commettants doivent répondre, d'une manière générale, aux termes de l'art. 1384 C. N., du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Sur le moyen d'exonération présenté par la Compagnie:

Digitized by Google

Attendu que celle-ci, prévoyant le cas, où le Tribunal reconnaitrait sa responsabilité, demande subsidiairement dans ses secondes conclusions du 16 février dernier, qu'il lui soit concédé acte de ce qu'elle fait aux adversaires l'abandon du navire et de son fret pendant le voyage, et qu'il soit, par suite, déclaré qu'elle est libérée et déchargée de toutes obligations vis-à-vis d'eux;

Attendu que cette faculté de libération est sanctionnée par l'art. 216 C. Com., qui après avoir dit que tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, ajoute qu'il peut, dans tous les cas s'affranchir de cette obligation par l'abandon du navire et du fret;

Attendu, que ce principe spécial, restrictif des obligations, qui naissent du mandat, étranger au droit romain, s'est dégagé, au moyen-âge, des nécessités de la navigation au milieu des nations commerçantes de la Méditerranée, puisa été formulé dans le Consulat de la mer (chap. 194 et 239), et a passé dans notre Code, après avoir été sanctionné en France par l'ordonnance sur la marine de 1681 (chap. 2, titre 8, art. 2) et par la jurisprudence du Parlement d'Aix (arrêt du 18 mai 1761);

Que cette exception au droit commun, qui limite la responsabilité de l'armateur à l'intérêt qu'il a sur le corps du navire, qui la réduit, pour ainsi dire, à une obligation réelle, circonscrite dans une chose déterminée, a été édictée dans une pensée de protection et d'encouragement en faveur du commerce maritime, pour rassurer le négociant, qui eut peut-être reculé devant les entreprises de mer, si le fait de ses préposés, libres, indépendants, sans surveillance possible, avait pu l'engager d'une manière indéfinie;

Attendu qu'il y a lieu de constater tout d'abord que ce mode protecteur de libération s'applique spécialement aux faits illicites du préposé, aux délits, aux quasi-délits, à toutes les fautes commises;

Que cela a toujours été reconnu, et a été mis plus en relief encore par la loi du 14 juin 1841, qui, pour faire cesser les divergences de la jurisprudence et de la doctrine, a compris nominativement les engagements civils dans la formule de l'art. 216 du C. Com.;

Attendu que la discussion de cette loi a d'ailleurs parfaitement déterminé et rappelé le caractère de cette règle exceptionnelle;

Digitized by Google

Que son but est d'empêcher que la fortune de terre de l'armateur puisse être compromise par les hasards de la navigation;

Attendu que c'est là le principe fondamental de la matière; qu'il s'ensuit que ce mode de libération doit nécessairement embrasser le fait de tous les préposés sans distinction, des gens de l'équipage aussi bien que du capitaine;

Que si l'armateur répond de leur faute comme de celle de l'officier qui les commande, il doit pouvoir s'exonérer de la même manière;

Que la loi, qui n'a pas voulu qu'il put être ruiné par celui qui dirige le navire, n'a pu attribuer cette conséquence désastreuse au fait d'un simple matelot; que la raison est la même, que la conclusion doit être identique;

Attendu que si l'art. 216 ne parle pas des gens de l'équipage, c'est, que les faits de ces derniers, commedit avec juste raison le Tribunal de Commerce de notre ville se confondent le plus souvent avec ceux du capitaine. (Jugement du 15 Octobre 1833. Journal de Jurisprudence commerciale et maritime de Marseille, t. 14, 1, 48);

„Que l'esprit de cet article", ainsi que le proclame encore cette décision, tel que la jurisprudence l'a constamment interprété, „a été d'empêcher que la fortune de terre des armateurs pût, dans aucun cas, être compromise, et qu'il fut exonéré de toute responsabilité généralement quelconque par l'abandon du navire et du fret;"

Que c'est, au surplus, ce que l'on rencontre dans le texte même: Le propriétaire du navire peut, dans tous les cas, s'affranchir de ces obligations par l'abandon du navire et du fret;

Attendu qu'on est ainsi emené à reconnaitre que, si la Compagnie Valéry doit être déclarée responsable des fautes commises par les gens de l'équipage du Général-Abatucci, il y a lieu de lui concéder acte de l'abandon qu'elle fait, et de la décharger, par suite, de toutes les obligations engendrées par cette responsabilité;

Que cette conséquence est moins dérisoire, qu'elle pourrait paraître tout d'abord, puisqu'on voit tous les jours le profit, que les assureurs tirent des épaves, qui leur ont été délaissées;

Attendu que la Compagnie déclare, que le Général-Abatucci n'était pas assuré, et que le contraire n'a pas été prouvé;

Digitized by Google

Qu'il devient donc inutile de rechercher si elle pourrait, comme cela, au surplus, a été décidé, retenir le prix de l'assurance, qui n'est, après tout, que le remboursement de la prime et le fruit d'une sage prévoyance;

Que la situation serait, au surplus, la même, puisque l'assuré après le délaissement aux assureurs, ayant disparu, ceux-ci démeurant les seuls obligés, pourraient à leur tour, faire l'abandon comme l'armateur l'aurait pratiqué lui-même;

Attendu qu'il y a lieu de reconnaître enfin que l'abandon n'est pas une exception, mais un simple moyen de libération;

Qu'il sensuit qu'il peut être offert et réalisé en tout état de cause, même dans des conclusions subsidiaires, ainsi que la Compagnie Valéry l'a fait valablement dans celles du 16 février dernier;

Attendu que ce mode de libération ne devrait être rejeté que si l'armateur y avait expressément renoncé par des actes inconciliables avec l'exercice de cette faculté;

Qu'on ne saurait considérer comme une renonciation, ainsi que le prétendent les demandeurs, l'action commerciale intentée en Italie, à Livourne et à Lucques, par la Compagnie contre le capitaine du navire norwégien;

Que cette instance a été introduite de suite après le sinistre, plusieurs mois avant celle introduite devant le Tribunal civil de Marseille; que le navire étranger se trouvant réfugié dans le port de Livourne, il y avait urgence à faire procéder sans retard à toutes les constatations nécessaires, et à poursuivre la réparation du dommage;

Qu'au surplus, la Compagnie, en procédant comme elle l'a fait, n'a renoncé a aucun de ses droits, et n'a agi, après tout, que dans l'intérêt de tous, et par conséquent des démandeurs eux mêmes;

Attendu que c'est d'après une instruction des plus complètes et une expertise faite par les hommes les plus compétents, que la Cour royale des Lucques a déclaré, par son arrêt du 24 décembre 1869, que l'abordage devait être attribué à la faute du capitaine Jonas Jensen;

Qu'elle la condamné, avec contrainte par corps, à la réparation du dommage occasionné par cet abordage, et à en payer le montant à liquider par jugement ultérieur et séparé, qui devra en même temps fixer la durée de la contrainte par corps;

Qu'elle a confirmé enfin la saisie conservatoire du corps

Digitized by Google

et agrès du brick Edouard-Hwidt, et fixé, pour les effets de cette saisie, la condamnation en réparation des susdits dommages à la somme de 80,000 fr., sans préjudice de plus forte somme qui pourrait être due en vertu du jugement de liquidation;

Attendu que les demandeurs réclament subsidiairement que l'abandon comprenne le montant de cette indemnité; que la Compagnie ne s'y oppose pas, et reconnait le bien fondé de cette réclamation; qu'il est, en effet, conforme aux principes de la matière, que l'indemnité accordée à raison du navire même suive le sort de l'abandon;

Attendu que, les divers points ainsi établis, il reste à fixer le chiffre des dommages intérêts aux-quels les demandeurs ont droit;

Qu'il importe peu que la Compagnie soit liberée par l'abandon; qu'il n'en est pas moins nécessaire que les demandeurs aient un titre pour faire valoir leurs droits, soit sur la chose elle-même, s'il y a lieu, soit sur le fret, soit sur l'indemnité due à l'armateur par le capitaine norwégien; il faut aussi prévoir le cas d'un concours avec d'autres intéressés;

Attendu que si le droit à une réparation est incontestable, il ne faut pas cependant perdre de vue que la faute première, la faute principale, sans laquelle le sinistre ne serait pas arrivé, doit être attribuée au brick norwégien;

Que la responsabilité qui pèse, par suite, sur l'équipage du navire français, n'est que secondaire;

Que l'action contre l'auteur principal de cette affreuse catastrophe demeure entière et pourra suivre son cours;

Que la réparation actuelle doit donc être renfermée dans de sages limites;

Attendu qu'en appréciant sainement les diverses circonstances de la cause, et en ayant égard à la position des demandeurs, il y a lieu de leur accorder à chacun une somme de quatre mille francs à titre de dommages-intérêts;

Sur les dépens:

Attendu, au fond, que Valéry frères et fils succombent, et qu'ils doivent, par suite, être condamnés aux frais;

Qu'il y a lieu, au surplus, de les mettre à leur charge à un autre point de vue, le débiteur devant toujours payer ceux qui se rattachent à la preuve de sa libération;

Par ces motifs:

Le Tribunal déclare la Compagnie Valéry frères et fils, propriétaire et armateur du paquebot à vapeur le Général-

Digitized by Google

Abatucci, civilement responsable du dommage causé aux demandeurs par le fait de ses préposés Giaccobini, second, Alessandrini etc., tous membres de l'équipage du dit navire, qui, par leur faute, leur imprudence, leur négligence, l'inobservation des reglements, ont concouru à la mort des deux passagers Cavalle et Estrada, sujets espagnols;

Fixe à la somme de 16,000 fr. l'indemnité qui doit être attribuée aux demandeurs, soit celle de 4000 fr., pour chacun des enfants mineurs, et ce à titre de réparation et de dommages-intérêts;

Donne acte à la dite Compagnie de ce qu'elle déclare faire l'abandon du navire, du fret gagné à l'occassion du voyage et de l'indemnité, moins les frais, à laquelle a été condamné le capitaine du brick norwégien Edouard-Hwidt, par arrêt de la Cour de Lucques (Italie), et de celle qui pourrait être encore ultérieurement obtenue;

Déclare le dit abandon valable, et, par suite, décharge la dite Compagnie Valéry frères et fils et la déclare bien et valablement libérée de son obligation envers les demandeurs;

Déboute les parties en cause du surplus de leurs conclusions;

Condamne la dite Compagnie aux dépens.

Du 8. avril 1870. — Tribunal civil de Marseille (1me Ch.) — Prés. M. Mougins de Roquefort. M. Tollon, substitut. — Plaid. M. M. Blancard pour le demandeur; Jules Roux pour la Compagnie.

Einer genaueren Abwägung der Schuldfrage, wie sie in dem vorstehenden höchst lehrreichen Erkenntnisse sich findet, wird von solchen deutschen Praktikanten gern ausgewichen werden, deren Bequemlichkeit oder Unfähigkeit vor allen Dingen geistige Anstrengung scheuet. Der Art. 737 des Allg. D. H.-G.-Bs. verdankt seine Entstehung sicherlich keiner sorgsamen Erwägung und dem nachstehenden Erkenntnisse unseres Reichsoberhandelsgerichtes ist zu entnehmen, daß tüchtige Richter die ihnen durch den erwähnten Art. 737 gezogene Schranke als ein höchst unwillkommenes Hinderniß ansehen.

Digitized by Google

Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Verschuldung.

Die Hamburg-Südamerikanische Dampfschifffahrtsgesellschaft gegen Nihsle u. Günther in Hamburg, als Caventen für das britische Dampfboot „Fairy" Capitain Contill.

In dieser Handelsgerichtszeitung VI, 48 und 141 mitgetheilten Sache hat der erste Senat des Reichsoberhandelsgerichts am 14. Novbr. 1873*) das Erkenntniß des Obergerichts vom 20. Juni bestätigt.

Gründe:

Am 9. August 1872 sind das im Rubrum genannte britische Dampfschiff „Fairy" und das der klägerischen Gesellschaft zugehörige transatlantische Dampfschiff „Bahia" im Hamburgischen Hafen in oder bei der Einfahrt von Ostergatt in dem Bassin des Sandthorhafens zusammengestoßen. Beide Schiffe sind beschädigt worden. Die beklagtische Gesellschaft ist gegen die „Fairy" auf Schadensersatz klagbar geworden; die „Fairy" hat jede Ersatzpflicht auf ihrer Seite geleugnet und wiederklagend von der „Bahia" wegen auf deren Seite stattgehabten Verschuldens Vergütung des ihr verursachten Schadens verlangt. Die Wiederklage ist indessen erledigt. — Es ist rechtskräftig festgestellt, daß eine Verantwortlichkeit der beklagtischen Gesellschaft als Rhederin der „Bahia" nicht bestehe, weil diese zur Zeit der Collision unter der Leitung eines Zwangslootsen**) sich befunden hat (Art. 740 des H.-G.-Bs.). — Es handelt sich mithin nur noch um den Schadensanspruch, welchen die „Bahia" gegen die „Fairy" geltend gemacht hat.

Das Handelsgericht hat auch diesen Schadensanspruch verworfen und zwar wegen von ihm angenommener Verschuldung der Bahia. — Da nach Art. 737 des H.-G.-Bs. Mitschuld auf Seiten des Beschädigten diesen von der Schadensklage gegen den schuldvoll verfahrenden Beschädiger ausschließt: so lag für das Handelsgericht keine Veranlassung vor, auf die Frage nach der Verschuldung der „Fairy" einzugehen. Auf Appellation der

*) In die Sammlung der Entscheidungen des R.-O.-H.-Gs. nicht aufgenommen.

**) Staatslootsen.

Digitized by Google

„Bahia" hat das Obergericht diesen Punkt seiner Beurtheilung unterzogen und zum Nachtheile der „Fairy" beantwortet, im Uebrigen aber zwar angenommen, daß nach dem, was bisher vorliege, eine Verschuldung der „Bahia" anzunehmen sei; allein es hat derselben einen Exculpationsbeweis verstattet. Bei dieser Entscheidung hat die „Bahia" sich beruhigt, die „Fairy" aber hat O.-A. ergriffen und Wiederherstellung des H.-G.-Erkenntnisses beantragt. In dieser Sachlage kam es darauf an, ob entweder

1) der „Fairy" darin beizutreten sei, wenn sie Abwesenheit jeder Schuld auf ihrer Seite behauptet, oder ob
2) der „Bahia" der vom Obergerichte ihr verstattete Exculpationsbeweis nicht hätte nachgelassen, dieselbe also ohne Weiteres als in Culpa befindlich hätte behandelt werden sollen.

In Betreff beider Punkte war dem Obergerichte beizutreten.

Zu I. Es handelt sich hier um zwei der „Fairy" seitens der „Bahia" gemachte Vorwürfe.

Diese sind folgende:

1) Die „Fairy" fuhr von dem Platze am Sandthorquai, wo sie einen Theil ihrer Ladung gelöscht hatte, durch das Bassin des Sandthorhafens nach der entgegengesetzten Seite desselben, um am westlichen Ende des Kaiserquais mittelst des dort befindlichen großen Krahns einige besonders schwere Gegenstände ihrer Ladung ausheben zu lassen. Sie that dies gegen die Vorschrift der Hamburgischen Hafenordnung, ohne Genehmigung und Aufsicht des Hafenmeisters oder dessen Gehülfen, resp. ohne einen von diesen ihr beigegebenen Hafenlootsen. Da dies an einer Stelle geschah, wo Gefährdung des eigenen Schiffes oder fremder Schiffe zu besorgen war, auch ein Schaden wirklich eintrat: so sei ihr das angegebene Verhalten als Schuld anzurechnen.
2) Eine besondere Culpa der „Fairy" liege ferner darin, daß sie nach der Seite des Kaiserquais und in die Nähe des am Ausgange des Sandthorhafen-Bassins belegenen großen Krahns sich begab, bevor ein dort liegender Schooner, dessen vorgängige Entfernung hätte abgewartet werden müssen, fortgelegt worden war.

Digitized by Google

In Betreff des ersten Punktes liegt eine Entscheidung des Obergerichtes nicht vor. Dasselbe ist nämlich von der Annahme ausgegangen, daß der in den Acten genannte, bei der Quai-Verwaltung angestellte Beamte Kuhlmann, welcher der „Fairy" unter gewissen Bevorwortungen die Erlaubniß zum Hinübergehen nach der Seite des Kaiserquais ertheilt hat, der „Inspector des Quais" gewesen sei. Und da es als möglich angesehen werden könne, daß dem „Quai-Inspector" in Betreff der Verlegung von Schiffen in dem von dem Quais eingeschlossenen Bassin Autorisation beizulegen sei: so hat das Obergericht die Frage nach der darin liegenden Ordnungswidrigkeit des Verhaltens der „Fairy", daß sie, statt die Verfügung des Hafenmeisters oder dessen Gehülfen abzuwarten, der Weisung des Kuhlmann folgte, dahin gestellt bleiben lassen. Nun würde zwar dies Bedenken auf Grund der §§ 2 u. 3 des Reglements für die Benutzung des Sandthorquais vom 27. Septbr. 1870 nicht unerheblich sein; allein jene Annahme, daß der Inspector Kuhlmann gehandelt habe, beruht, wie seitens der „Bahia" in jetziger Instanz geltend gemacht worden ist, auf einer Verwechselung zweier verschiedenen Beamten Kuhlmann. Wie das zu Ende des Jahres 1872 gedruckte Adreßbuch für 1873 S. 17 zeigt, waren damals bei der Quai-Verwaltung angestellt ein Inspector J. W. F. Kuhlmann und ein Obermaschinist C. F. Kuhlmann. Da nun die „Fairy" selbst den Angestellten Kuhlmann, auf dessen Weisung hin sie ihren Platz verließ und sich nach der anderen Seite des Quais legte, mit Bestimmtheit als den „Obermaschinisten" bezeichnet (H.-G.-Protocoll 13, S. 13, 3 und 5 — Appellationslibell 3. Instanz, S. 4), auch schwerlich der „Inspector des Quais" bei der Verlegung von Schiffen zum Zwecke der Krahnbenutzung selbst Hand angelegt haben würde (H.-G.-Protocoll 13, S. 13), so ist, mit der „Bahia" von der Annahme auszugehen, daß die „Fairy" gegen das bestehende Hafen-Reglement verstieß, als sie, auf die Weisung eines Autoritätlosen hin, nach dem mehrbezeichneten Platze sich hinüberlegte. Ein derartiger Verstoß, welchem ein verlustbringendes Ereigniß so unmittelbar folgte, daß ein Causalzusammenhang zwischen beiden keiner Nachweisung bedarf, begründet ohne Weiteres die Annahme einer Verschuldung.

Digitized by Google

Es ist aber auch unbedenklich, mit dem Obergerichte zu II. eine Culpa der „Fairy" anzunehmen.

Der Angestellte Kuhlmann — hier gleichviel ob der Inspector oder der Obermaschinist — erklärte nach den eigenen Angaben der „Fairy" an deren Capitain, die Löschung der schweren Maschinenstücke könne am großen Krahne erst vor sich gehen, nachdem ein derzeit vor demselben liegender Schooner entfernt sein werde; er wolle diesen Schooner sogleich weglegen. Nun ist aber die „Fairy" — von keinem Hafen- oder auch nur Quai-Beamten geleitet oder beaufsichtigt — sofort und ohne das vorherige Weglegen des Schooners abzuwarten, nach der Stelle vor dem großen Krahne gefahren und hat sich dort, wo sie nicht ohne Weiteres an den Quai sich legen konnte, nach der Mitte des Bassins hin halten müssen und gehalten und dadurch die Einfahrt zu demselben beengt. Hierin liegt zweifellos ein Verstoß gegen die erhaltene Weisung und, in Betracht des lebhaften Schiffverkehrs an dieser Stelle, eine culpose Handlung.

Das Ergebniß des Bisherigen führt die Nothwendigkeit herbei, zu II. auf die Frage einzugehen, ob der „Fairy" darin beizupflichten sei, daß der „Bahia" der ihr vom Obergerichte noch verstattete Exculpationsbeweis nicht hätte nachgelassen werden sollen.

Es steht, da die „Bahia" wider das Obergerichts-Erkenntniß ihrerseits kein Rechtsmittel ergriffen hat, gegen sie rechtskräftig fest, daß ohne eine ihrerseits zu liefernde Exculpation ein schuldvolles Versehen darin gelegen hat, daß, als sie sich dem durch die „Fairy" beengten Eingange des Sandthorhafens näherte, sie nicht sofort ihre Fahrt einhielt und dieselbe rückgängig machte. Diesem ihr von der „Fairy" gemachten Vorwurfe entgegnete die „Bahia" schon im H.-G.-Verfahren (Protocoll S. 1):

„von den äußersten Duc d'Alben*) des Ostergatts sei nur eine verhältnißmäßig sehr kleine Strecke bis zur Einfahrt in den Sandthorhafen;"

„an den Duc d'Alben habe eine Reihe von Schiffen gelegen;"

*) Pfahlwerke, deren Entstehung den Niederländern zu verdanken ist und die nach dem Herzoge von Alba benannt sind.

Digitized by Google

„die Schiffe im Eingange des Sandthorhafens könne man erst sehen, wenn man das Ostergatt passirt sei;"

ferner erwiedert sie auf die ihr gemachte Beschuldigung, daß nicht sofort die Schraube rückwärts gestellt worden sei (Protoc. S. 11/12):

„Dies sei unthunlich gewesen; unter den damaligen Umständen würde das Vordertheil der „Bahia" steuerbordwärts geworfen und die „Bahia" an die Duc d'Alben oder an die Spitze des Kaiserquais getrieben worden sein."

Das Handelsgericht, den von ihm zugezogenen Sachkundigen hierbei folgend, hat diesen Anführungen keine Erheblichkeit beigelegt und ohne Weiteres ein Verschulden der „Bahia" angenommen. — Auf Appellation der „Bahia" hat das Obergericht ihr den Beweis der vorstehend angegebenen, in zweiter Instanz nochmals geltend gemachten Momente nachgelassen. Die „Fairy" beantragt die Beseitigung des Beweisnachlasses. Dieser Antrag würde den Umständen nach nur dann begründet erscheinen, wenn

das Vorbringen jener Momente seitens der „Bahia" in erster Instanz entweder ganz unterlassen oder nicht hinlänglich substanziirt worden wäre; oder

wenn die Irrelevanz des Vorbringens außer Zweifel läge; oder wenn die Meinungsäußerung der vom H.-G. zugezogenen Sachkundigen den Streitpunkt formell zu Ungunsten der „Bahia" erledigt haben sollte.

Keine dieser Voraussetzungen ist vorhanden.

Wie aus den oben angegebenen Stellen des H.-G.-Protocolls sich ergiebt, sind die in Rede stehenden Momente den Hauptpunkten nach schon in erster Instanz genügend substanziirt vorgebracht worden. Die Appellationsausführung der „Fairy" hat auch gegen die Substanziirung nichts Beachtungswerthes vorgebracht. Der Vorwurf, es sei nicht angegeben, welche Schiffe den Blick auf den Eingang in den Sandthorhafen gehemmt hätten, als die „Bahia" in das Ostergatt einlief (ob Böte, Schuten, Seeschiffe ꝛc.) ist grundlos. Es kann nur von Seeschiffen verstanden werden, wenn die „Bahia" vortragen ließ, wegen an den betreffenden Orten liegender Reihen von Schiffen habe man von der „Bahia" aus die im Eingange zum Hafenbassin befindlichen Schiffe erst kurz vor diesem erkennen können.

Digitized by Google

Ebensowenig ist Irrelevanz des Vorbringens anzunehmen.

Die relative Kleinheit der an der betreffenden Localität von der „Bahia" zurückzulegenden Strecken kann insbesondere seitens der „Fairy" nicht bestritten werden, da sie in jetziger Instanz einen Plan beigebracht hat, welcher über den in Rede stehenden Punkt keinen Zweifel läßt. Auch kann nicht einmal mit einem Scheine von Recht behauptet werden, daß nicht durch bemastete und betakelte Seeschiffe die Aussicht versperrt, oder daß in einem engen Hafeneingange mit einem großen Seedampfschiffe schnell alle beliebigen Manöver ausgeführt werden könnten.

Endlich anlangend den Punkt, daß, der abweichenden Meinung zugezogener Nautiker gegenüber, nicht einmal ein Beweis nachzulassen sei, so verstößt das bezügliche Vorbringen der „Fairy" so gegen die Natur des Verhältnisses und die feststehende Praxis, daß es keines weiteren Eingehens auf dasselbe bedarf.

Die Beweisformulirung ist seitens der „Fairy" nicht angefochten worden.

Digitized by Google

VI.

Ueber die rechtliche Natur der deutschen Banknotendeckung.

Von Herrn Kreisgerichtsassessor Dr. C. Klevogt in Sondershausen.

Noch von jeher und in allen Ländern ist die Berechtigung einzelner Bankinstitute, bis zu einem gewissen Betrage Banknoten auszugeben von der Verpflichtung, geeignete Maßregeln für die Sicherstellung der Baareinlösbarkeit der ausgegebenen Banknoten zu treffen, begleitet gewesen.

Diese Sicherstellung, welche technisch den Namen Fundation Deckung führt, hat man hauptsächlich auf dreierlei Weise herbeizuführen gesucht. Nach dem bisherigen nordamerikanischen System sind die notenausgebenden Bankinstitute verpflichtet, zu dem Betrage der von ihnen ausgegebenen Noten Staatspapiere bei der Staatsbehörde zu hinterlegen, in welche eintretenden Falls für unbefriedigte Notengläubiger Execution stattfinden kann, nach dem System der Bank von England und der nach dieser organisirten Institute dienen für einen gewissen Betrag Werthpapiere als Sicherheit, während für jede über diesen Betrag ausgegebene Note volle Baardeckung vorhanden sein muß, das am allgemeinsten verbreitete System dagegen (System der bankmäßigen Deckung) fordert für einen gewissen (Quoten) Betrag der circulirenden Noten baare Deckung, während für den — übrigens stets größeren Restbetrag nur ein Aequivalent leicht flüssig zu machender Forderungen erfordert wird. Dieses letztere System ist auch von den deutschen Zettelbanken adoptirt, deren hierauf bezügliche Bestimmungen freilich im einzelnen vielfach von einander abweichen. Wenn sie auch durchgängig die Höhe der Baardeckung in einem Quotensatze der in Umlauf befindlichen Notenmenge festsetzen, so besteht diese Quote theils und zwar am häufigsten in einem Drittel, theils in einem Viertel des Notenumlaufs, abgesehen von einigen Banken, deren die Höhe ihres Actiencapitals übersteigender Notenumlauf zur Hälfte baar gedeckt sein muß. Andererseits sind die Bestimmungen über die Restdeckung sehr verschieden, indem zwar die meisten Bankstatuten für die nicht baar gedeckten Noten einen im Werthe gleichen Vorrath discontirter Wechsel erfordern, einige aber auch leicht realisirbare Effecten, ja sogar Forderungen

Digitized by Google

anderer Art als Deckung zulassen. Durch das neue Bankgesetz endlich ist die Frage für die ins Leben gerufene Reichsbank und diejenigen Privatnotenbanken, welche sich nach dem 1. Januar 1876 ihre Wirksamkeit im Reiche sichern wollen, dahin geordnet worden, daß diese Banken (§ 17, 44. Ziff. 3) verpflichtet sind, für den Betrag ihrer im Umlauf befindlichen Banknoten jederzeit mindestens ein Drittheil in cursfähigem deutschen Gelde, Reichscassenscheinen oder in Gold in baaren oder ausländischen Münzen, das Pfund fein zu 1392 Mark gerechnet, und den Rest in discontirten Wechseln (die nähere Qualificirung ist hier gleichgültig) in ihren Cassen als Deckung bereit zu halten.

Ueber den juristischen Character dieser Deckung enthält das Bankgesetz nichts, wie man denn überhaupt von dem dem öffentlichen Rechte angehörigen Gesetze Bestimmungen privatrechtlicher Art fernhalten zu sollen geglaubt hat (vgl. die Aeußerung des Präsidenten Delbrück in der Reichstagssitzung vom 26. Jan. d. J.).

Es ist daher nach wie vor eine offene Frage, welche juristische Tragweite man den Bestimmungen der Bankstatuten über die Notendeckung beizumessen hat.

Um diese Frage richtig zu beantworten, hat man zunächst daran festzuhalten, daß der Betrag der von einer Bank ausgegebenen Banknoten eine Schuld dieser Bank an die Inhaber der Banknoten bildet, welche auf Verlangen dieser Inhaber sofort abgetragen werden muß. Wie nun die sämmtlichen Activa (einschließlich des in den Vermögensbilanzen als Passivum figurirenden Grundcapitals) für andere Passiva einer Bank, wie Depositen, Contocurrentguthaben, Accepte u. s. f. haften, so haften diese Werthe selbstverständlich auch für die ebenfalls ein Passivum der Bank bildenden im Umlauf befindlichen Banknoten.

Tritt nun zu dieser selbstverständlichen Deckung, wie wir gesehen, noch eine besondere, durch einen den Betrag der zum Bankgeschäfte erforderlichen Betriebsmittel bei weitem übersteigenden Baarvorrath und die (wenigstens gedankliche) Aussonderung eines Theils der ohnehin Deckung bildenden Wechselbestände, so wird es sich fragen, ob diese Deckung nur als eine wirthschaftliche und administrative Maßregel anzusehen ist, gegeben, um eine prompte Einlösung der Noten zu befördern, oder ob sie einen rechtlichen

Digitized by Google

Character hat, also den Noten-Inhabern neben der factischen Sicherung stetiger Convertibilität auch eine besondere rechtliche Sicherheit gewährt.

Um nun die Frage zu beantworten, ob die in den Händen der Bank befindlichen baaren Summen und Wechsel juristisch den Character einer besonderen Sicherstellung haben, ist zunächst festzustellen, in welcher Weise im bestehenden Rechte eine Schuldforderung überhaupt gesichert werden kann, und da es sich im vorliegenden Falle lediglich um Baargeld und Wechsel, also um Sachen handelt, so bedarf die Sicherstellung einer Forderung durch dritte Personen (Bürgschaft) einer weiteren Erörterung nicht. Im übrigen giebt es nach dem bestehenden Rechte für die Sicherung einer Forderung zwei Möglichkeiten:

1) daß die Forderung eines Gläubigers aus den Forderungen anderer als bevorzugte herausgehoben wird und demgemäß den ersten Anspruch auf Befriedigung aus den Vermögenswerthen des Schuldners hat;
2) daß Sachen oder auch Forderungen durch Gesetz oder Vertrag dazu bestimmt sind, vorzugsweise für die Befriedigung einer Forderung zu haften.

Das Institut, welches es möglich macht, zur Sicherung von Schuldforderungen dritte Sache oder Forderungen herbeizuziehen, ist bekanntlich das Pfandrecht und die Verpfändung, also der Act, durch welchen der Werth einer dritten Sache zur Ausgleichung eines Schuldverhältnisses für den Fall bestimmt wird, daß diese Ausgleichung auf normalen Wege sich nicht ermöglichen lassen würde, kann auf zweierlei Art, nämlich durch Hypothek- oder Faustpfandbestellung geschehen.

Die Frage nach dem rechtlichen Character der Banknotendeckung löst sich also in die Frage auf, ob die Banknotendeckung, mag sie nun in Baargeld, Discont oder Effecten bestehen, als Unterpfand für die Banknoteninhaber und deren Forderung betrachtet und eintretenden Falls in Anspruch genommen werden kann, oder ob die Forderungen der Banknotengläubiger als privilegirte anzusehen sind und eventuell ein Vorrecht auf die sämmtlichen Activa einer Bank haben.

Hierbei sind nun zunächst die Bestimmungen der Bankstatuten

Digitized by Google

ins Auge zu fassen, wenn dieselben auch bei der rechtlichen Prüfung den letzten Ausschlag nicht geben dürfen. Große Ausbeute sucht man da vergebens. Scheint wirklich einmal eine Bestimmung Anordnungen rechtlicher Art zu enthalten, so macht sich gewiß bei näherer Prüfung der Wunsch rege, die Eventualität, auf welche sie berechnet ist, möchte nie eintreten, weil sich dann ihre juristische Unbrauchbarkeit zweifellos herausstellen würde.

Wie die englische Bankreserve immer dann verschwindet, wenn sie nöthig ist, und der bekannte Paragraph 2 der Peels Acte*) in normalen Zeiten nicht nöthig ist, in kritischen beseitigt werden muß, so geht es mit einer großen Menge von Statutenanordnungen: im gewöhnlichen Laufe der Dinge bedarf man ihrer nicht, aber wenn man ihrer bedarf, dann taugen sie nichts.

Statt einer directen Bestimmung über den Character und Zweck der Deckung finden sich auf die vorliegende Frage bezügliche Bestimmungen meistens in den Statutentiteln**), welche sich auf die Auflösung der Gesellschaft beziehen und es heißt daselbst fast übereinstimmend, daß in Fällen der Liquidation der Bank aus den vorhandenen bezüglich durch Verwerthung der Activa entstehenden Baarbeständen „zuerst" (oder „zunächst", „vorzugsweise", „vor Allem") die Noten eingelöst werden sollen. Diese Bestimmungen sind in juristischer Beziehung von keinem Belang, und es erscheint nach dem ganzen Zusammenhange eine juristische Bevorzugung der Noten gar nicht beabsichtigt. Wäre dies der Fall, so würde sich gewiß da, wo in den Statuten die Deckung eingeführt wird, eine, diese näher bestimmende Anordnung finden, wie dies in der That bei den Banken (siehe unten) geschehen ist, welche den Character der Deckung bestimmter festsetzen. Auch handelt

*) Daß das ganze derzeitige Reservesystem der Bank von England auf einer unzureichenden Interpretation des citirten Paragraphen beruht, hat auf höchst interessante Weise nachgewiesen E. Seyd in „die wahren Grundsätze des Banknotenwesens, der Irrthum der Peel'schen Acte ꝛc."

**) Da die Prüfung der einzelnen Bankstatuten ein lediglich negatives Resultat ergiebt, ist (zwei Banken ausgenommen, bei welchen positive Resultate zu verzeichnen waren) von einer Citirung der Paragraphen und Artikel Abstand genommen worden. Auch schien weiter unten bei der Characterisirung der verschiedenen landesgesetzlichen Bestimmungen über das Pfandrecht, es zwecklos, die einzelnen Gesetze anzuführen.

Digitized by Google

es sich augenscheinlich um Fälle, wo sämmtliche (wirkliche) Passiva, also mit Ausnahme des fingirten Passivums, des Grundcapitals, durch die vorhandenen Activa gedeckt sind und nur das eingezahlte Actiencapital in einer um den Betrag einer Unterbilanz verringerten Summe zur Rückzahlung gelangt. Die fraglichen Bestimmungen setzen nur die Reihenfolge fest, in welcher die im übrigen vollständig zur Tilgung kommenden Passiva ausbezahlt werden sollen. Die citirten Bestimmungen erscheinen viel zu allgemein und unbestimmt, um dahin interpretirt zu werden, daß im Falle eines Concurses, wenn die Activa zur Deckung der Passiva nicht ausreichen, die Banknotengläubiger ein Vorzugsrecht auf die Notendeckung oder gar auf die sämmtlichen vorhandenen Activa haben und die übrigen Gläubiger auf den nach Abzug der Notendeckung verbleibenden Activenrest verweisen dürften.

Nur zwei Banken haben bestimmtere Festsetzungen. So bestimmen die Statuten der Rostocker Bank § 37:

5. Außer dem Stammcapital *haften* noch sämmtliche übrige Activa der Bank vorzugsweise für die Einlösung der Noten gegen klingende Münze.

7. Vor dem Ablaufe der Concession, im Falle des Concurses sofort, sind die Noten als vorweg *berechtigt* einzulösen.

und die Statuten der Gothaer Privatbank ordnen in Art. 11 a. E. ausdrücklich an:

Außer den zunächst zur Einlösung der Noten bestimmten Beständen an Wechseln und Fonds haften *prioritätisch* dafür sämmtliche Activa der Bank.

Nach dieser Fassung ist es unzweifelhaft, daß den Notengläubigern, gegenüber den übrigen Gläubigern, eine bevorzugte Stellung hat eingeräumt werden sollen und daß, wenn bei einer Auflösung der Bank die vorhandenen Activa zur Deckung der Passiva nicht ausreichen, die Notengläubiger den Ausfall nicht zu tragen haben, dieser vielmehr den übrigen Gläubigern zur Last zu legen ist.

Die einzigen Statuten also, welche Bestimmteres über die Frage enthalten, sichern die Stellung der Notengläubiger nicht in der Art, daß sie ihnen einen besonderen Anspruch nur auf die zur Einlösung der Noten bestimmte Deckung gewähren, sondern

Digitized by Google

sie räumen der Forderung vor den sämmtlichen anderen Forderungen einen privilegirten Anspruch auf das ganze Vermögen (also einschließlich der Notendeckung) der Bank ein. Dies ist auch praktisch nicht ganz gleich, da unter den zur Notendeckung ausgeschiedenen Wechseln eine Anzahl schlechter sein können, so daß eine Realisirung der den Betrag der Noten gleichkommenden Deckung leicht einen geringeren Betrag als den der auf Einlösung harrenden Noten ergeben kann, juristisch aber ist es, namentlich wenn zu prüfen ist, ob eine solche Bestimmung rechtlich zulässig, ein wesentlicher Unterschied, ob eine Forderung im allgemeinen vor andern privilegirt, oder ob ein bestimmter Werthcomplex ausschließlich zu ihrer Befriedigung bestimmt wird.

Dürfen wir also constatiren, daß die genannten Statuten den Notengläubigern eine bevorzugte Stellung anweisen und festsetzen, daß eintretenden Falls die übrigen Gläubiger erst aus dem nach Einlösung der Noten verbleibenden Reste Befriedigung verlangen können, so haben wir, um die Tragweite dieser Bestimmungen festzustellen, nur noch zu prüfen, ob eine solche Privilegirung einer Forderung zum Nachtheil anderer Forderungen zulässig ist, insbesondere ob sie mit voller Rechtswirkung durch die betreffenden Statuten hat ausgesprochen werden können. Daß an sich die Möglichkeit besteht, einer Forderung bevorzugte Exigibilität beizulegen, unterliegt keinem Zweifel, die Beispiele sind bis in das römische Recht zurück zu verfolgen und sämmtliche Concursordnungen, bezüglich die diese Frage behandelnden Proceßordnungen weisen solche Fälle auf. Ebenso unzweifelhaft ist es aber auch, daß solche Bevorzugungen einzelner, die stets eine Benachtheiligung anderer enthalten, nicht in das willkürliche Belieben des betreffenden Schuldners gestellt*) werden können, sondern, wenn sie wirklich gegen Dritte wirksam werden sollen, nur von den zum Erlaß von Gesetzen befugten Staatsorganen ausgehen dürfen.

Mithin können die fraglichen Statutenbestimmungen nicht

*) Einzelne Gesetzgebungen gestatten zwar dem Schuldner, durch eigene Verfügung Forderungen an ihn zu privilegirten zu erheben, es muß dies aber dann in einer gesetzlich geordneten förmlichen und dem Principe der Oeffentlichkeit (durch Eintragung in öffentliche Bücher) Rechnung tragenden Weise geschehen.

Digitized by Google

als solche rechtliche Gültigkeit beanspruchen, sondern nur, insoweit sie als objective Rechtssätze anzusehen sind, d. h. die Zustimmung derjenigen Factoren erhalten haben, deren Zusammenwirken nach der Verfassung des betreffenden Staates zur Schaffung eines Rechtssatzes erforderlich ist.

Wenn es nun auch im deutschen Staatsrecht eine für alle Einzelstaaten allgemein gültige Rechtslehre über das Wesen und die Competenz der Volksvertretung nicht giebt, so ist doch so viel als allgemein geltend anzunehmen, daß in allen deutschen Staaten Gesetzgebungsacte, zu denen Bestimmungen über das Privatrecht zu rechnen sind, nicht von der Regierung allein ausgehen können, sondern der (im einzelnen höchst verschiedenartig geordneten) Mitwirkung der ständischen oder Volksvertretung bedürfen, ja erst durch diese Mitwirkung existent werden. Statuten, welche wie die der meisten Banken, nur landesherrlich, also auf dem Verordnungswege bestätigt worden, können daher Rechtssätze, wie die hier fraglichen in rechtsverbindlicher Weise nicht festsetzen, vielmehr dürfen die Bestimmungen als Rechtssätze, welche gleiche Geltung mit dem bestehenden Rechte beanspruchen können, nur dann anerkannt werden, wenn bei ihrer Feststellung bezüglich Einführung die Mitwirkung des zweiten staatsrechtlichen Factors in der verfassungsmäßig geordneten Weise stattgefunden hat.

Dies ist nun in der That bei den beiden Banken, welche die Forderung der Notengläubiger ausdrücklich privilegiren, der Fall. So ist die Bestätigungsurkunde der Rostocker Bank am 27. Februar 1850 nach Prüfung und Befürwortung des Gesellschaftsplans durch die Mecklenburgische Abgeordneten-Versammlung (bei der Eigenthümlichkeit der Mecklenburgischen Verfassung dürfte dies wohl genügen) ertheilt worden, während die Gothaische Concessionsurkunde vom 24. Juni 1856 erst ausgefertigt worden ist, nachdem der Landtag des Herzogthums Gotha zu dem Statute, soweit dies erforderlich, seine verfassungsmäßige Zustimmung gegeben.

Sonach sind denn mit Gesetzeskraft die Forderungen der Notengläubiger der genannten Banken zu privilegirten erhoben worden und werden eintretenden Falls auch im Rechtswege als solche anerkannt werden müssen. Selbstverständlich ist dies bei

Digitized by Google

einem dritten Institute, der Badischen Bank der Fall, für welche das betreffende Verhältniß geradezu durch ein besonderes Landesgesetz (vom 16. März 1870) geordnet ist. Dieses Gesetz ordnet die Forderungen der Banknotengläubiger in ganz bestimmter Weise unter die übrigen privilegirten Forderungen des bürgerlichen Rechtes ein und die Statutenbestimmung, die sich, wie in vielen andern Statuten, auch bei der Badischen Bank findet, daß nämlich die Noten im Falle einer Liquidation zunächst aus den Activen eingelöst werden sollen, erscheint hier nicht lediglich als eine Administrativ-Bestimmung ohne rechtlichen Belang für den Character der Notenforderung, sondern als eine Consequenz des Gesetzes, die eintretenden Falles wird berücksichtigt werden müssen.

Durch directe Statutenbestimmungen wird sonach die Frage nur bei wenigen Banken entschieden und es erübrigt nun die Betrachtung, ob nicht mittelbar aus den das Vorhandensein der Deckung betreffenden Bestimmungen ein Recht der Notengläubiger auf prioritätische Befriedigung aus der Notendeckung folgt. Hier ist es von Wichtigkeit, wie einzelne Statuten mehr, andere weniger, der Notendeckung Selbständigkeit zuertheilen. Während nämlich bei einzelnen Banken die Deckungsbestände besonders verwaltet werden müssen, so daß also namentlich eine Absonderung der die Restdeckung bildenden Wechsel aus dem Hauptportefeuille stattfindet, was dann zuweilen auch äußerlich auf einem besonderen Conto Ausdruck findet, in welchem der in Umlauf befindliche Banknotenbetrag auf der einen Seite mit dem Deckungsbaarvorrath und den übrigen Werthen auf der andern Seite balancirt, ist eine solche Trennung bei andern Banken nicht vorgeschrieben, dieselben haben vielmehr lediglich darauf zu sehen, daß der Baarvorrath die zum Betriebe des Bankgeschäfts erforderlichen Baarbeträge um die vorgeschriebene baare Deckungsquote übersteigt und der Inhalt des Wechselportefeuilles stets größer ist, als der Betrag der durch Baar nicht gedeckten Noten.

Wenn man nun auch in erster Linie diese bei einigen Banken erforderliche Aussonderung der Notendeckung für eine Maßregel rein technischer Natur erachten muß, wie denn auch die bekannte, aus rein volkswirthschaftlichen Erwägungen hervorgegangene Trennung der Bank von England in Notenabtheilung und Bankab-

Digitized by Google

theilung hauptsächlich formaler Natur ist und keineswegs der Frage präjudicirt, ob die Activa der einen Abtheilung für die Passiva der andern in Anspruch genommen werden können, so darf doch die Frage nicht ohne weiteres als unberechtigt zurückgewiesen werden, ob denn nicht gerade eine solche Aussonderung die juristische Haftung für die Notengläubiger als ein inneres Moment der Notendeckung äußerlich zum Ausdruck bringe.

Diese Frage ist zu verneinen. Wir haben bereits gesehen, daß, wenn es sich darum handelt, das Verhältniß der Deckung zur Notenforderung juristisch zu bestimmen, die Frage so zu fassen ist, ob die Deckungsbestände als Faustpfand für Forderungen der Notengläubiger angesehen werden können, und es ist daher festzustellen, ob die gesetzlichen Bestimmungen über das Faustpfand eine solche Auffassung zulassen. Zunächst kommen da als reichsrechtliche Bestimmung die Art. 309 und 312 des A. H.-G.-Bs. in Betracht. Abgesehen davon, daß diese Artikel nicht einmal überall zur Anwendung gebracht werden können, weil sie nur dann gelten, wenn das Faustpfand unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften bestellt worden, muß hiernach also zum Entstehen eines Faustpfandes neben der einfachen Vereinbarung über die Verpfändung hinzutreten:

1) bei beweglichen Sachen und bei Papieren auf Inhaber die Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger, wie solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für das Faustpfand erfordert wird;
2) bei Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, die Uebergabe des indossirten Papieres.

Die Notendeckung besteht nun, wie im Eingange erwähnt worden, zum Theil aus Geld, zum Theil aus Wechseln, also Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, also aus den im Handelsgesetzbuche namhaft gemachten Kategorien von Werthobjecten. Die Voraussetzungen jedoch, von welchen der Artikel 309 die Existenz eines Faustpfandes abhängig macht, sind bei der Notendeckung nicht vorhanden. Betrachtet man selbst die statutarische Bestimmung von der Absonderung der Deckungsbestände als genügenden Ersatz der Vereinbarung über die Verpfändung, so fehlt bei den indossirbaren Papieren die Uebergabe

Digitized by Google

an die Gläubiger, da ja die Schuldnerin, die Bank, sich selbst im Besitze der Papiere befindet.

In Bezug auf das baare Geld, sowie die Inhaberpapiere stellt Art. 309 minder strenge Anforderungen, indem er nicht unbedingt Uebergabe fordert, sondern die Uebertragung des Besitzes auf die Gläubiger, wie solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes für das Faustpfand nöthig ist, für hinreichend erklärt. Werden wir hierdurch auf das allgemeine bürgerliche Recht verwiesen, so kann es umsoweniger unsere Aufgabe sein, dem gemeinen Rechte und den sich an dasselbe anschließenden Specialgesetzgebungen der einzelnen Staaten eine ins einzelne gehende Darstellung zu widmen, als wir auch für diese verschiedenen Verhältnisse ein gemeinsames, negatives Resultat zu verzeichnen haben.

Im allgemeinen lassen sich nämlich die verschiedenen Bestimmungen der Einzelrechte über das Faustpfand dahin characterisiren, daß im gemeinen römischen Rechte und dem Rechte der einzelnen Staaten, welches in dieser Beziehung auf jenem basirt, eine Besitzübertragung ohne Uebergabe in der Weise möglich ist, daß der bisherige Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines anderen, der den Besitz erwerben will und soll, und für diesen besitzen zu wollen (constitutum possessorium), während in einer Reihe von Staaten, die das Civilrecht durch Codificationen und Specialgesetze weiter ausgebildet haben, ein Faustpfand nur durch wirkliche Uebergabe, nicht aber auch durch die so eben beschriebene Besitzübertragung zur Entstehung gebracht werden kann. In Bezug auf diese letzteren Staaten würden also nach Art. 309 cit. die Voraussetzungen für das Faustpfand an beweglichen Sachen (Geld) und Inhaberpapieren dieselben sein, wie bei dem Faustpfand an girirbaren Papieren, da die betreffenden Landesgesetze nur die Besitzübertragung kennen, welche das Handelsgesetzbuch bei girirbaren Papieren zur Begründung des Faustpfandes für nöthig erachtet, nämlich die wirkliche Uebergabe. Was dagegen die Staaten anbelangt, in welchen die oben beschriebene Uebertragung des Besitzes zur Begründung eines Faustpfandes genügt, so würde die Notendeckung (aber natürlich nur die unter die erste Kategorie des Art. 309 fallende, also nicht die Wechsel) der in diesen Staaten domicilirten Banken in dem Falle, aber auch nur

Digitized by Google

dann als Faustpfand für die Notengläubiger angesehen werden dürfen und müssen, wenn

1) eine Vereinbarung zwischen der Bank und den Notengläubigern bestände, daß die Notendeckung als Faustpfand für die Ansprüche aus den Noten dienen soll;
2) eine Erklärung seitens der Bank existirte, daß sie den Besitz dieser ihrer Activa im Namen der Notengläubiger und für diese ausüben wolle.

Wollte man nun auch, hier wieder, einerseits in der Statutenbestimmung, welche die Notendeckung anordnet, andererseits in der Annahme der auf Grund dieser Bestimmungen ausgegebenen Noten einen genügenden Ersatz für eine nicht vorhandene ausdrückliche Vereinbarung finden, so würde es doch immer an der zweiten Voraussetzung mangeln, da die hiernach nöthige Erklärung weder ausdrücklich vorhanden, noch stillschweigend in der Anordnung, daß die Notenbestände getrennt zu halten seien, enthalten ist.

Das Resultat wird auch kein anderes, wenn man in Gemäßheit des Art. 312 des H.-G.-Bs., der die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten, für Forderungen aus Handelsgeschäften dann als rechtsgültig geschehen anerkennt, wenn dabei die in den einzelnen Staaten für die Bestellung von Faustpfändern geltenden Bestimmungen beobachtet werden, die Frage lediglich aus dem Gesichtspunkte des bürgerlichen Rechtes prüft. Denn die geringsten Anforderungen einzelner Gesetzgebungen bestehen, wie schon auseinandergesetzt, darin, daß eine fingirte Besitzübertragung die Stelle der Uebergabe vertreten kann, wir haben aber bereits gesehen, daß nicht einmal eine solche Besitzübertragung in den Maßnahmen betreffs der Notendeckung gefunden werden kann.

Mit der Constatirung, daß die Notengläubiger in Bezug auf die Notendeckung auch die Rechte eines Faustpfandgläubigers nicht geltend machen können, würde für den bei weitem größten Theil Deutschlands und die in demselben domicilirten Zettelbanken die aufgestellte Frage als gelöst zu betrachten sein, da es sich um ein Pfand an beweglichen Sachen handelt und dieses in den meisten Staaten nur durch den Besitz der verpfändeten Sache, also durch das besprochene Faustpfand ausgeübt werden kann.

Digitized by Google

Es giebt jedoch noch einzelne Staaten des sächsischen Rechtes, in denen sich der Grundsatz, auf welchem das moderne Pfandrecht beruht, daß nämlich eine Hypothek nur an unbeweglichen Sachen, Faustpfand nur an beweglichen zulässig sei, noch nicht durchgerungen hat, wo also eine Hypothek (Pfandrecht ohne Besitzübertragung) auch an beweglichen Sachen möglich ist. Für diese Staaten, bezüglich die in ihnen domicilirten Zettelbanken würde also in Berücksichtigung dieses Rechtszustandes die Erwägung Platz greifen können, ob denn etwa den Notengläubigern an der Notendeckung eine die Besitzübertragung nicht erfordernde Hypothek zustehe. Auch diese Erwägung kann zu einem positivem Resultate nicht führen, da in den betreffenden Staaten bewegliche Sachen nur Unterlage *gesetzlicher*, nicht aber vertragsmäßiger Hypothek sein können. Es würde also zur Begründung einer Hypothek an der Notendeckung eines ausdrücklichen Gesetzes oder doch einer ausdrücklichen durch die Mitwirkung der staatsrechtlichen Factoren zum Gesetze erhobenen Statutenbestimmung bedürfen, wovon nirgends die Rede ist.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen würde also der Rechtscharacter der deutschen Notendeckung trotz der Verschiedenheit der maßgebenden Bestimmungen ziemlich übereinstimmend dahin zu bestimmen sein:

Daß, abgesehen von zwei Ausnahmen, die Statuten der deutschen Zettelbanken in Bezug auf die Notendeckung directe Anordnungen von rechtlicher Tragweite nicht enthalten, und daß auch aus den Bestimmungen über die Notendeckung irgend welche Rechtssätze über die Haftung der Deckung sich nicht ableiten lassen. Die Forderungen der Notengläubiger können daher weder als privilegirte anerkannt werden, noch ist die Notendeckung als ein Vermögenswerth anzusehen, der eintretenden Falls als Deckung im juristischen Sinne von den Notengläubigern in Anspruch genommen werden könnte.

Die Frage, ob es wünschenswerth und nöthig erscheint, der Deckung in einer der soeben hervorgehobenen Formen einen juristischen Character zu verleihen, ist keine rein rechtliche, da sie ohne Rücksichtnahme auf das Wesen der Deckung nicht gelöst werden kann. Juristische Haftung der Deckung würde jedenfalls dann

Digitized by Google

auszusprechen sein, wenn sich dieses rechtliche Moment aus dem Begriffe der Deckung ableiten ließe, weil dann eine zur Noteneinlösung bestimmte Deckung ohne Haftung für die Ansprüche der Notengläubiger an einem innerem Widerspruche leiden würde.

Der Begriff der Deckung hat sich einestheils aus dem öffentlich-rechtlichen Character der Banknote, andererseits aus der privatrechtlichen Beschaffenheit des durch den Besitz der Banknote documentirten Forderungsrechtes ergeben, wonach sich das durch die Banknotencirculation repräsentirte Passivum als ein nicht blos kurzfälliges, sondern sogar stetsfälliges unverzinsliches Depositum darstellt.

Wie nun schon nach allgemeinen kaufmännischen Principien die Anlagen eines Bankgeschäfts sich nach der Natur der Bankpassiven bestimmen und z. B. die Placirung kurzfälliger Depositen durch hypothekarische Ausleihung ein kaufmännisches Unding sein würde, so erscheint eine Beschränkung der Veranlagung des durch Notenausgabe gewonnenen Capitals gerechtfertigt und von diesem Standpunkt fordert das deutsche System — abgesehen von andern Bestimmungen — mit Recht für den dritten Theil der Noten Baardeckung, für den Rest Deckung durch discontirte Wechsel, die ja ihrer Realisirung in kürzester Zeit entgegengehen.

Die Deckung soll nicht dafür garantiren, daß der Noteninhaber überhaupt einmal für seine Forderung befriedigt wird, sondern sie soll die sofortige Einlösbarkeit der präsentirten Note ermöglichen. Für diese sofortige Einlösbarkeit ist aber der Umstand, ob die Notendeckung dem Notengläubiger als Pfand haftet, vollständig gleichgültig; sollte in kritischen Zeiten die Rückströmung der Noten einen so unregelmäßigen Character annehmen, daß trotz des Baarbestandes und der in regelmäßiger Reihenfolge zur Realisirung gelangenden Wechsel, eine sofortige Einlösung sämmtlicher präsentirter Noten sich nicht ermöglichen ließe, so würde diese kritische Situation auch dadurch nicht geändert, bez. gebessert werden, daß der ganze Deckungsbestand für die Notengläubiger als Pfand haftet.

So ist auch das bereits erwähnte, nordamerikanische Notendeckungssystem in Bezug auf den eigentlichen Zweck der Deckung vollständig werthlos, obwohl es juristisch entschieden das präciseste

Digitized by Google

ist. Nach ihm haben die Notengläubiger für ihre Forderung ein Pfandrecht an den Staatspapieren, welche von der betreffenden Bank bei der Staatsbehörde deponirt sind. Hierin liegt aber nicht die geringste Sicherheit für die stetige und sofortige Einlösung der Noten seitens der Bank. Wird doch diese Deckung erst dann wirksam, wenn die Nichteinlösung der Noten durch eine Bank constatirt ist, worauf dann nach Realisirung der Pfänder die Noten eingelöst werden. Man hat so sehr gefühlt, daß das System gar keine Deckung im wirthschaftlichen Sinne gewähre, daß man in dem (in dieser Beziehung übrigens durch die Bankgesetzgebung des vorigen Jahres geänderten) Bankgesetz von 1864 die Banken außerdem noch gesetzlich verpflichtet hat, stets 25 Proc. (in kleineren Orten ist der Procentsatz nur 15 Proc.) ihrer Bankzettelausgabe in Regierungstresorscheinen bezügl. Metallgeld parat zu halten.

Zu dem Umstande, daß in dem Begriffe der Deckung kein Moment sich findet, aus dem eine juristische Haftung der Deckung für die Notenforderung abgeleitet werden könnte, kommt nun noch hinzu, daß die Constituirung der deutschen (im Besitze der schuldenden Bank befindlichen) Deckung zum Faustpfand sich nur durch eine Alterirung juristischer Fundamentalsätze ermöglichen lassen würde und es ergiebt sich hieraus, wie unzweckmäßig es sein würde, den juristischen Deckungsbegriff nach dieser Seite hin zu reguliren.

Dagegen möchten die Ansprüche der Notengläubiger aus einem andern Grunde wohl der Berücksichtigung werth erscheinen. Es ist dies der Gesichtspunkt*), daß die Banknote, obwohl sie von vorn herein kein Geld ist, sondern lediglich eine Urkunde für ein der ausgebenden Bank gewährtes unverzinsliches Depositum, in der Praxis diese Eigenschaft fast vollständig verliert und zum Zahlmittel, zum Papiergeld wird, welches zwar von Niemandem angenommen zu werden braucht, aber nach dem bekannten Laufe der Dinge gerade von denjenigen am wenigsten zurückgewiesen werden kann, die am wenigsten im Stande sind, seine Bonität und Sicherheit einer Prüfung zu unterwerfen.

---

*) Ihn hat des weiteren ausgeführt Endemann's Rechtsgutachten in der Papiergeld- und Banknotenfrage. Hirth's Annalen 1870, S. 361 flgde.

Digitized by Google

Dieser Umstand läßt es als gerechtfertigt erscheinen, daß der Staat nicht allein die Noten ausgebenden Banken in der Disposition über ihre Anlagen beschränkt, unter welche Beschränkungen auch die Deckung zu rechnen ist, sondern daß er auch die Forderungen der Notengläubiger als privilegirte anerkennt und eintretenden Falls vor den übrigen Passiven zur Befriedigung bringen läßt. Sonach würde die Verallgemeinerung der Bestimmungen, durch welche, wie wir oben gesehen, die Gothaer und die Rostocker Zettelbank die Ansprüche ihrer Notengläubiger sicher stellen, das empfehlenswertheste sein. Sollte dann selbst zu kritischen Zeiten das Vorhandensein der Deckung die sofortige Einlösung der zurückströmenden Noten nicht ermöglichen können, so würde bei der Beschränkung der Zettelbanken auf die legitimsten Geschäfte des Verkehrs, durch die Bestimmung wenigstens eine genügende Garantie für die endliche Einlösung der Noten gewährt werden, ohne daß man des bisherigen amerikanischen Systems bedürfte, welches in unvortheilhafter Weise einen Theil des Grundcapitals als Notenpfand lahmlegt, und ohne daß man, wie Endemann den Staat, der durch seine Concessionsertheilung die Cirkulation der Banknoten erst möglich gemacht hat, für die Einlösbarkeit civilrechtlich verantwortlich zu machen brauchte, eine etwas socialistisch gefärbte Maßregel, deren wirthschaftliche, hier nicht auseinanderzusetzende Nachtheile wohl sicherlich die Vortheile überwiegen würden.

VII.

1. **Die Zuständigkeit des zukünftigen Reichsgerichts.**
2. **Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 13, Heft 1—4.**
3. **Soll die auf Grund eines Rechtsirrthums geleistete Zahlung zurückgefordert werden können?**

Von Herrn Appel.-Ger.-Rath Krawel in Naumburg.

So wie das neu erstandene Deutsche Reich alsbald und ungesäumt in der politischen Welt zu der ihm gebührenden Machtstellung gelangt ist, so hat auch das Reichsoberhandelsgericht sich

Digitized by Google

in der juristischen Welt sehr bald die allgemeine Achtung und hohes Ansehen erworben. Seine Erkenntnisse dürfen zu den unbestrittensten Autoritäten gerechnet werden.

So wie aber auch unser Deutsches Reich nichts weniger ist, als eine Fortsetzung des langsam hinsiechenden und lebendig todten heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, so verstummen auch dem Reichsoberhandelsgericht gegenüber die vielen Klagen, welche man gegen die früheren Reichsgerichte erhob.

Vergegenwärtigen wir uns diese Klagen, um zu erkennen, wie viel wir bereits erlangt haben, um ungeduldige Wünsche zu zügeln. So sagt Beck*) im Jahre 1848: Zu den Zierden vormaliger Deutscher Reichsverfassung, welche ihre Entstehung und Ausbildung der hochherzigsten und patriotischesten Thätigkeit unserer vormaligen deutschen Kaiser, und einem wahren tief gefühlten und richtig erkannten Bedürfnisse zu verdanken hatten, unsere Zeit aber entbehrt und, wenn sie uns heute wieder gegeben würden, ganz Deutschland gewiß mit der größten Freude und dem innigsten Danke begrüßen würde, gehören unstreitig die beiden vormaligen Reichsgerichte, das Reichskammergericht und der Reichshofrath. Indeß erkennt auch Beck die großen Mängel unserer früheren Reichsgerichte an.

Schon diese Concurrenz zweier nebeneinander bestehender höchster Reichsgerichte war ein Uebelstand.

Bald nach Einrichtung des Reichskammergerichts im Jahre 1501 bildete der Kaiser Max das andere höchste Reichsgericht, den Reichshofrath, welcher sich vom Reichskammergericht dadurch unterschied, daß die Anstellung, Besoldung und Instruction seiner Mitglieder dem Kaiser zustand, in dessen Residenz der Reichshofrath auch seinen Sitz hatte. Im Widerspruch mit den Reichsständen gelangte der Reichshofrath zu einer völlig concurrirenden Gerichtsbarkeit mit dem Reichskammergericht. Einzelne Gegenstände standen ihm sogar ausschließlich zu. Dahin gehörten die kaiserlichen Reservatrechte, wie Gnaden- und Privilegiensachen, die Rangordnung unter den Ständen und alle Lehnssachen. Letztere standen dem Reichskammergericht nur dann zu, wenn die Lehns-

*) Rotteck und Walker, Staatslexicon, 2. Ausgabe, Bd. II, S. 457.

Digitized by Google

frage in dem anhängigen Rechtsstreite nur eine Nebenfrage bildete, und nicht als Hauptsache zur Sprache kam, also nur über den Besitz gestritten wurde. Im Westphälischen Frieden ist denn auch der Reichshofrath nicht nur als Kaiserliche Behörde in Lehns- und Gnadensachen, sondern auch als oberstes mit gleicher Zuständigkeit wie das Reichskammergericht versehenes Reichsgericht ausdrücklich anerkannt worden.

Während der Reichshofrath sich durch rasche Erledigung der Sachen auszeichnete, häuften sich bei dem eigentlichen Reichsgerichte, dem Reichskammergerichte, Reste über Reste, weil es fast niemals vollständig besetzt war und ihm die nöthigen Arbeitskräfte fehlten. Wie schleppend der Geschäftsgang in dieser Beziehung war, das ergiebt z. B. der Umstand*), daß, weil sich beim Kammergerichte ein ziemlicher Cassenvorrath gesammelt hatte, von demselben am 17. Mai 1777 beim Kaiser beantragt wurde: vier neue Beisitzer einzuberufen. Da hierauf keine Kaiserliche Entschließung erfolgte, wiederholte das Kammergericht seinen Antrag am 14. Juni 1779, sowie am 7. März und 13. Juli 1780. Erst durch Decret vom 25. Febr. bis 26. März 1783 wurde der Antrag an das Reich gebracht.

Es hatte diese mangelhafte Besetzung des Reichskammergerichts auch darin seinen Grund, daß sich die Reichsstände theils über das ihnen zustehende Recht zur Präsentation der Beisitzer des Kammergerichts stritten, und deshalb keine Präsentation erfolgte. Theils führten auch die Reichsstände ihre Beiträge zur Besoldung der Beamten des Reichskammergerichts nicht ab, die eingehenden Sporteln deckten aber die Ausgaben nicht.

So berichten z. B. die Visitatoren**) des Reichskammergerichts am 18. Decbr. 1713: daß bei dem so lang angehaltenen Justitium und Abgang der Nahrung die Noth unter den verschiedenen Angehörigen des Gerichts, insonderheit der Canzleiverwandten, so groß geworden, daß sie auf vielfältig bewegte Vorstellung der letzteren, gemüßigt worden seien, um deren gänzliches

*) Beiträge zur neuesten Geschichte der reichsgerichtlichen Praxis von Reuß 1785, S. 15.

**) Sammlung der Actenstücke, die Visitation des Reichskammergerichts betreffend. 1769, S. 39.

Digitized by Google

Verderben zu verhüten, den Nothdürftigen ein Quartal aus den alten vorhandenen Depositen vorschießen zu lassen.

Das Gerichtshaus sei an sich sehr schlecht*), und außer dem untersten Stock ein von Holz und Leinen aufgerichteter Bau, worinnen zu sicherer Verwahrung der Acten keine Gewölbe vorhanden. Dies sei die Ursache, daß viele Acten bereits verschimmelt und vermodert vorgefunden worden.

Von diesen Jämmerlichkeiten kann beim Reichsoberhandelsgericht keine Rede sein, da nach § 3 u. 5 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1869 die Mitglieder des Reichsoberhandelsgerichts auf Vorschlag des Bundesraths vom Kaiser ernannt werden, und der für das Reichsoberhandelsgericht erforderliche Aufwand aus der Bundeskasse zu bestreiten ist.

Wenn nun aber auch neben dem Reichsoberhandelsgericht jetzt kein dem Reichshofrath ähnliches Kaiserliches Gericht besteht, so bestrebt man sich doch auch jetzt, wie dies von den Reichsständen dem Reichskammergericht gegenüber geschah, die Zuständigkeit des obersten Reichsgerichts möglichst zu beschränken.

Dem Reichskammergericht gegenüber erreichten die mächtigeren Reichsstände das Privilegium de non appellando, welches den Kurfürsten schon in der goldenen Bulle zugesichert war.

Jetzt hat dies Bestreben eine andere Gestalt gewonnen. Man will die Zuständigkeit des obersten Reichsgerichts auf diejenigen Processe beschränken, in denen es sich um Anwendung der Reichsgesetze handelt.

Bekanntlich hat der zehnte Juristentag diese Frage gründlich erörtert und den Satz zum Beschluß erhoben:

> Dem Deutschen Reichsgerichte ist die Entscheidung letzter Instanz zu überweisen, nicht nur über die Reichsgesetze, sondern auch über die Landesgesetze.

Dieser Beschluß beruhte wohl auf den schlagenden Gründen, welche der Reichsoberhandelsgerichtspräsident Dr. Drechsler geltend gemacht hatte. Er sagte:

„Ich habe als Mitglied einer Gesetzcommission Gelegenheit gehabt, diese Frage gründlich erörtern zu hören. Ich könnte Ihnen

*) a. a. O. S. 41.

Digitized by Google

erzählen, wie allmälig die Ueberzeugung durchdrang, daß eine einheitliche Rechtsentwickelung und Erhaltung eines einheitlichen Rechts nur möglich ist, wenn ein höchster Gerichtshof entscheidet über alle Streitigkeiten des Privatrechts ohne irgend eine Ausnahme. Diese Ansicht drang allmälig in der Commission für Entwerfung des Proceßgesetzes des Norddeutschen Bundes durch. Es ist dieser Gesetzentwurf zurückgelegt, und unter Benutzung der wesentlichen Grundlagen desselben ein neuer Entwurf für das Deutsche Reich ausgearbeitet. — Und nun ist zum ersten Male die Beschränkungsfrage in Beziehung auf die Competenz des höchsten Gerichtshofes in Erwägung gekommen, nicht als eine Frage der Rechtsgesetzgebung, sondern als eine Frage der Politik, indem die leitenden Persönlichkeiten, welche die Aufgabe haben, den neuen Gesetzentwurf im Reichstage zu vertreten, glaubten, daß es unmöglich sei, die von ihnen selbst vielleicht für richtig gehaltenen Ideen der alten Proceßcommission durchzuführen. Und warum? Weil diese Frage zusammenhängt mit der Gerichtsorganisation, und weil die deutschen Souveränitäten der Meinung sind, daß eine Beschränkung der Souveränitätsrechte in Bezug auf die Justizhoheit ein großes Unglück für die einzelnen Staaten sei.

Diese Ansicht mag politisch diesen oder jenen Mann bestimmen, ich glaube aber für unsere Versammlung ist nur dann die Nothwendigkeit gegeben, eine Beschränkung eintreten zu lassen, wenn wirklich Gründe der eigentlichen Zweckmäßigkeit im juristischen Sinne, wenn wirkliche Rechtsgründe uns bestimmen, wenn die Zwangslage eine solche ist, daß wir uns sagen müssen: das Ideal, dem wir selbst nachstreben, welches wir für das Beste und Vollkommenste halten, ist im Augenblicke nicht zu erreichen. Ich glaube nun aber, die Lage ist so verzweifelt nicht. Lange Erwägungen haben mich zu dieser Ansicht allmälig hinüber geführt, und wenn ich heute diese Ansicht bestätige, so hat ein aus Gründen politischer Nothwendigkeit geschaffenes Institut den Beweis geliefert, daß man ohne alle Beschränkung auch die Entscheidung über Particularrechte einem höchsten Reichsgerichtshofe überlassen kann, ohne Gefahr zu laufen, daß die Particularrechte verkümmert werden.

Man stiftete das Institut des Bundesoberhandelsgerichts und die Gründe, die die Gegner gegen die Errichtung dieses Instituts

Digitized by Google

vorbrachten, waren ganz dieselben, die sie hier gehört haben. Es sei ganz unmöglich, daß das Oberhandelsgericht im Stande wäre, Fragen des Particularrechts zu lösen. Diese Gründe sind meisterhaft in einer Denkschrift des Obergerichts zu Hamburg auseinandergesetzt, und ich habe nichts gehört, was dort nicht schon ausführlich vorgetragen wäre. Man achtete auf diese gewiß sehr vernünftigen und dem practischen Leben entnommenen Gründe aber nicht, weil man das Institut schaffen wollte. Nun ist aber der Beweis nach einer zweijährigen Wirksamkeit des Gerichtshofes geführt, daß man es immerhin wagen kann, dem Deutschen Reichsgerichte die Fragen des Particularrechts, die Entscheidungen selbst über Provinzialrechte und über die Streitigkeiten auf Grund der Provinzialrechte zu übertragen. Glauben Sie doch nicht, daß wir, wenn wir auch nur auf die Handelssachen angewiesen sind, blos nach den Reichsgesetzen zu entscheiden haben.

Das Handelsgesetzbuch ist ein großer Torso, es finden nicht einmal alle Fragen des Handelsrechts in demselben Entscheidung. Wir müssen fast bei jeder Sache Gemeines Recht, oder Preußisches Recht, code civil oder sonstige Particularrechte zur Anwendung bringen. Wir sind in der Lage gewesen, die Bestimmungen des Rechts von Katzenellenbogen über Viehhandel aus dem vorigen Jahrhundert zur Anwendung zu bringen. Täglich kommen solche Fragen vor und müssen vorkommen, und damit gehe ich über auf die Unmöglichkeit einer gesunden Ausführung eines zu beschränkten Gesetzes.

Wir müssen nämlich Fragen entscheiden über die ehelichen Güterrechte. Wir müssen Fragen des Erbrechts entscheiden, und so ist es vollständig unmöglich, daß sie sagen, es solle eine Frage nach den Reichsgesetzen entschieden werden, und die Frage, die nach Particularrechten zu entscheiden wäre, solle den Landesgesetzen überwiesen werden. Es würde danach die Sache einfach so kommen, daß, wenn ein Erbe auftritt mit einer Forderung aus einem Handelsgeschäfte, zunächst die Frage, ob er überhaupt Erbe ist, in einem besonderen Processe untersucht werden müßte vor dem obersten Landesgerichtshofe, demnächst, wenn der Landesgerichtshof entschieden hat: er ist Erbe, dann wird es zum Handelsgericht kommen, und wenn dann dieser Proceß durchgeführt wird, so

Digitized by Google

können wieder andere Incidentpunkte auftauchen. Es würden so aus einem Processe 10 bis 12 werden, und aus jedem einzelnen Processe würden so wie so zwei künstliche erzeugt. Es würde nämlich immer der unterliegende behaupten, ich hätte nicht nach dem Landesrechte, sondern nach dem Reichsrechte beurtheilt werden müssen, und so umgekehrt. Das ist gar nicht zu vermeiden. Nun glaube ich aber, daß die Bedeutung der Provinzial- und Particularrechte vielfach noch überschätzt wird; allmälig wird sich aber doch der Zustand dem der Rechtseinheit immer mehr nähern*)....

So gut als es aus politischen Gründen bei der Stiftung des Reichsoberhandelsgerichts gegangen ist, so gut kann man auch jetzt aus Rechtsgründen sagen: eine einheitliche Entwickelung und eine einheitliche Erhaltung des Rechts ist möglich, wenn die Jurisdiction in allen Sachen einem höchsten Gerichtshofe überwiesen wird. Nun könne es sich blos darum handeln, diesen möglich zu machen, durch eine angemessene Beschränkung des Rechtsmittels. Daß dies möglich ist, zeigt uns unser Nachbarstaat Frankreich. Ob man deshalb das System der Succumbenzgelder, das System der großen Sachen, oder das System der Strafen annimmt, das ist eine Frage, die wir heute nicht zu lösen haben. Ich glaube, wir können immerhin den Antrag annehmen, der dahin gestellt ist, daß der höchste Reichsgerichtshof im weitesten Umfange als competent zu erachten sei. Auch der so eben erschienene 13. Band Heft 1 bis 4 der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, welchen wir besonders besprechen wollen, beweist den Satz, daß es nicht möglich ist, die Zuständigkeit des künftigen Reichsgerichts auf die alleinige Anwendung der Reichsgesetze zu beschränken.

Obgleich nämlich jetzt die Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts in dieser Weise beschränkt ist, so betreffen doch die allermeisten der in dem 13. Bande der Entscheidungen veröffentlichten Erkenntnisse Fälle, in welchen die Vorschriften der Landesgesetze, nämlich des gemeinen Rechts, des Preuß. Allg. Landrechts, des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, des Code

*) Der Preußische Landtag genehmigt fast in jeder Sitzungsperiode Gesetze, welche Particularrechte aufheben.

Digitized by Google

Napoleon, des Badischen Landrechts und particulären Proceßgesetze anzuwenden waren.

Aber auch andere particuläre Gesetze waren für die Entscheidung maßgebend. So z. B.

bei den Erkenntnissen Nr. 3, 23, 56, 60, 68, 71, 72 u. 87, das Preußische Eisenbahngesetz vom 3. Nov. 1838, bei Nr. 31, 33, 71 u. 76 die Preuß. Concursordnung, bei Nr. 101, das Preuß. Gesetz vom 17. Juni 1833, wonach Inhaberpapiere ohne landesherrliche Genehmigung nicht in Umlauf gesetzt werden dürfen,

bei Nr. 106, das Kgl. Sächs. Gesetz die juristischen Personen betreffend.

So finden sich auch in den früheren Bänden der Entscheidungen zahlreiche Fälle, in welchen besondere in den einzelnen Bundesstaaten erlassene Gesetze und Verordnungen entscheidend waren.

Man sieht, wie unmöglich es ist, das zukünftige Reichsgericht auf die Anwendung der Reichsgesetze zu beschränken, denn fast in allen Fällen kommen neben den Reichsgesetzen auch die allgemeinen Landesgesetze zur Anwendung.

Der zehnte Juristentag hat aber auch noch besonders die Frage erörtert, ob nicht wenigstens die Entscheidung in den Fällen dem Reichsgerichte zu entziehen sei, wo es sich um die Anwendung von Orts- und Provinzialrechten handelt.

Dafür, daß dies geschehen müsse, hatte sich der Oberappellationsgerichtsrath Becker in seinem dem Juristentage erstatteten Gutachten ausgesprochen und vorgeschlagen: in dem zu erlassenden Gesetze diejenigen Rechtscomplexe und einzelnen Landesgesetze aufzuführen, über deren Anwendung die Entscheidung dem Reichsgerichte zuzuweisen sei. Er will als solche aufgeführt sehen:

das gemeine Civilrecht,

das Recht des Code civil,

das Preuß. Landrecht,

das in ganz Preußen, ganz Baiern oder in den anzugebenden größeren Theile Preußens oder Baierns Geltung habende Civilrecht (gegenwärtiges und künftiges),

Digitized by Google

das in ganz Sachsen oder ganz Würtemberg Geltung habende Civilrecht, wenn diese Länder mit einem Gerichte zweiter Instanz nicht sollten ausreichen können, und dasjenige noch besonders zu bezeichnende Civilrecht, dessen richtige Anwendung der Fürsorge des Reichsgerichts noch besonders zuzuweisen wäre.

Doch verschweigt dies Gutachten selbst nicht die sich mit einer solchen vollständigen Aufzählung von Gesetzen entstehenden Schwierigkeiten, wohin auch die Schwierigkeit der Trennung der Rechtscomplexe des gemeinen Civilrechts, des Code und des Preuß. Landrechts von dem ausgeschlossenen Particularrecht gehöre.

Ueberdies enthalte das auszuschließende Particularrecht großentheils nur eine Modification einzelner Bestimmungen der großen Rechtscomplexe. In denjenigen Rechtsgebieten aber, wo Römisches und Deutsches Civilrecht zusammenstoßen, ohne daß Particulargesetze eingreifen, sei das Verhältniß beider zu der Wissenschaft keineswegs mit der Sicherheit festgestellt, daß ihre Lehre als Basis der Zuständigkeit des Reichsgerichts dienen könnte.

So hat denn der zehnte Juristentag beschlossen, daß auch die Entscheidung über die Fälle, in denen es sich um bloße Orts- und Provinzialrechte handelt, von der Zuständigkeit des höchsten Reichsgerichts nicht auszuschließen seien.

Sehen wir nun den Entwurf an, welchen der Bundesrath dem Reichstage über die Gerichtsverfassung vorgelegt hat, so bestimmt § 106 des Entwurfs:

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Reichsgericht zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel

1) der Revision gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte;
2) der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Danach sollte man meinen, daß der Bundesrath die Auffassung des zehnten Juristentags theilt.

Dies ist jedoch keineswegs der Fall, denn es lautet § 7 zum Entwurfe des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze:

Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaats, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden

Digitized by Google

Revisionen und Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem obersten Gerichtshofe zugewiesen werden.

Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts gehören oder durch besondere Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen werden, keine Anwendung.

Hiernach soll also den größeren Bundesstaaten, in welchen doch nur mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, wieder ein Privilegium de non appellando ertheilt werden.

Nach dieser Fassung des § 7 konnte man glauben, daß man beabsichtigt, das Reichsoberhandelsgericht neben dem Reichsgericht fortbestehen zu lassen. Dies ist aber um deshalb nicht anzunehmen, weil der § 1 des Entwurfs zum Gerichtsverfassungsgesetze das Reichsoberhandelsgericht nicht unter den Gerichten aufführt, welche in Zukunft bestehen sollen, denn dieser § lautet:

die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte, Landgerichte und Handelsgerichte, durch Oberlandesgerichte und das Reichsgericht ausgeübt.

Nach der Fassung des § 7 würde aber das den größeren Bundesstaaten ertheilte Privilegium auch denjenigen Reichsgesetzen gegenüber bestehen, welche schon bisher die Entscheidung dem Reichsoberhandelsgericht zugewiesen haben, weil § 7 nur diejenigen Reichsgesetze gegen das Privilegium schützt, welche dem Reichsgerichte als solchem überwiesen sind.

Dies neueste Privilegium de non appellando ist aber noch weit bedenklicher, als dasjenige, welches den Reichsständen früher ertheilt worden war.

Jenes Privilegium entzog den Reichsgerichten die Zuständigkeit ganz. An ihre Stelle traten im vollen Umfange die obersten Landesgerichte.

Das jetzt beabsichtigte Privilegium will die Zuständigkeit des Reichsgerichts auf die Anwendung einzelner Gesetze beschränken, in Betreff aller übrigen Processe aber die Entscheidung den obersten Landesgerichten übertragen, inwieweit dies die Gesetzgebung der Bundesstaaten anordnet.

Dies führt unvermeidlich zu einer Zwiespaltigkeit der Entscheidungen, deren Beseitigung doch eben die Einsetzung eines

Digitized by Google

allen Bundesstaaten gemeinsamen höchsten Reichsgerichts herbeiführen soll.

Man erwäge!

Nach dem § 13 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1869 ist das Bundesoberhandelsgericht nur zuständig bei Klagen gegen einen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften.

Nun lehrt aber die Erfahrung, daß die meisten handelsrechtlichen Klagen von Kaufleuten gegen Kunden angestellt werden, welche nicht Kaufleute sind. Für diese zahlreichen Processe kann aber die letzte Entscheidung den höchsten Landesgerichten übertragen werden.

§ 14 desselben Gesetzes lautet:

> Ist in Folge einer Klagehäufung über eine Handelssache und über eine andere Sache durch ein Erkenntniß zu entscheiden, so ist die Zuständigkeit des Oberhandelsgerichts nur dann begründet, wenn der Werth der Handelssache der höhere ist.
>
> Dasselbe gilt, wenn in Folge einer Wiederklage, welche mit der Klage in einem und demselben Rechtsstreite zu erledigen ist, Handelssachen und andere Sachen den Gegenstand der Entscheidung bilden.

Für die Fälle, in denen die Handelssache von geringerem Werthe ist, kann also auch hier die Landesgesetzgebung die Entscheidung dem Reichsgerichte entziehen.

Die Motive zu dem Entwurfe des § 14 bemerkten deshalb:

> Es erhebt sich für diese Fälle, welchen erst die gemeinsame Proceßordnung vorzubeugen vermag, die Frage, wie es mit der Zuständigkeit des Bundesoberhandelsgerichts zu halten sei. Jede Art der Lösung führt zu Unzuträglichkeiten und Uebelständen, die Art und Weise wie § 14 zu helfen sucht, verdient doch vor jeder anderen den Vorzug. Freilich steht es mit dem Zwecke des Gesetzes nicht völlig im Einklange, daß, sobald der Werth der Handelssache der geringere ist, die Zuständigkeit des Bundesoberhandelsgerichts ausgeschlossen, diesem also die Entscheidung eines handelsrechtlichen Streits entzogen wird.

Wir sehen hier, wie der § 14 nur ein Provisorium bis zum Erlaß der gemeinsamen Civilproceßordnung sein sollte. Man nahm als unzweifelhaft an, daß die gemeinsame Proceßordnung

Digitized by Google

dafür Sorge tragen werde, daß eine einheitliche Rechtspflege ins Leben trete.

Man sieht, wie der vorliegende Entwurf diese Erwartung täuscht.

Es kann aber auch vorkommen, daß die Gesetzgebung der Bundesstaaten, indem sie von dem Vorrecht Gebrauch macht, welches ihr im § 7 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze eingeräumt werden soll, zu weit geht, und dem höchsten Landesgerichte die Entscheidung für Fälle überträgt, welche nach dem Reichsgesetze vor das Reichsgericht gehören. Welchem Gesetze sollen da die Gerichte folgen?

Endlich bestimmt § 21 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1869:

> Der Beschluß eines obersten Landesgerichtshofs, durch welchen sich derselbe für zuständig oder deshalb für unzuständig erklärt, weil das Bundesoberhandelsgericht zuständig sei, oder der Beschluß des letzteren, durch welchen sich dieses für zuständig oder unzuständig erklärt, weil ein oberster Landesgerichtshof zuständig sei, ist einer Anfechtung nicht unterworfen und für den anderen Gerichtshof bindend.

Hiernach ist die Zuständigkeit eines obersten Landesgerichtshofs, welches sich für zuständig erklärt, unanfechtbar, und für den anderen Gerichtshof bindend.

Die Erfahrung lehrt aber, daß auf Grund dieser Bestimmung Entscheidungen von den obersten Landesgerichtshöfen auch in solchen Fällen getroffen sind, in welchen die Entscheidung eigentlich dem Reichsoberhandelsgericht gebührte.

So unterliegt z. B. die viel besprochene Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden in dem Processe zwischen dem Kgl. Sächsischen Fiscus und der Magdeburger Feuerversicherungssache gegründeten Bedenken, indem dieser Gerichtshof das Verlangen der verklagten Gesellschaft, die Abfassung des Erkenntnisses dem Bundesoberhandelsgericht zu überlassen, zurückwies, auch in der Sache selbst zu Gunsten des klagenden Sächsischen Fiscus erkannte.

Deshalb spricht auch der internationale Character des Reichsgerichts dafür, diesem Gerichtshofe ausschließlich die letzte Entscheidung in den wichtigeren Processen zu übertragen und sie den Landesgerichten zu entziehen. Man beugt damit jeder Möglichkeit

Digitized by Google

vor, daß particuläre oder fiscalische Interessen bei der Entscheidung mitgewirkt haben, und beseitigt jede Veranlassung zu einem dahin gehenden Mißtrauen.

Es giebt kein anderes Mittel allen diesen Halbheiten und Unzuträglichkeiten abzuhelfen, als indem man dem zukünftigen Reichsgerichte in allen Fällen die letzte Entscheidung in den wichtigeren Processen überträgt, und dessen Zuständigkeit nicht auf die Anwendung einzelner Gesetze beschränkt.

Wir wenden uns nun zur Besprechung des 13. Bandes, Heft 1 bis 4 der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Was zunächst

I. Die Redaction

der veröffentlichten Entscheidungen angeht, so wird dieselbe am allerwenigsten von dem Vorwurfe betroffen, welchen man der Redaction der Entscheidungen des Preußischen Obertribunals deshalb macht, weil sie den thatsächlichen Theil der Erkenntnisse zu viel Raum vergönnt. Vielmehr wird in manchen Fällen das Verständniß der veröffentlichten Gründe des Reichsoberhandelsgerichts dadurch erschwert, daß man von dem Sachverhältniß des streitigen Falles zu wenig erfährt, und oft nicht weiß, wie denn eigentlich die Parteirollen vertheilt sind. Freilich führt dies zu einer Ersparung des Raums, welche es erklärt, daß in einem Bande der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts sich ziemlich doppelt soviel Entscheidungen finden, als in einem Bande der Entscheidungen des Obertribunals.

An die Beurtheilung

II. Der Richtigkeit

der veröffentlichten Entscheidung geht man nicht ohne ein gewisses Zagen, denn die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts zeichnen sich aus, nicht allein durch sachgemäße Würdigung der Thatsachen, sondern auch durch die richtige Auffassung und Anwendung der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften, so wie durch sorgfältige Benutzung der rechtswissenschaftlichen Literatur.

Doch geben drei der veröffentlichten Erkenntnisse zu folgenden Bedenken Veranlassung.

1. Nr. 99 betrifft den Fall, daß der Verklagte seine Kaufgelderschuld berichtigt zu haben behauptet, indem er dem Reisen-

Digitized by Google

den des Klägers ein auf den Namen dieses Reisenden lautendes Wechselaccept gegeben hat.

Das Reichsoberhandelsgericht hat diesen Einwand aus folgenden Gründen verworfen:

Es ist vollkommen richtig, daß, wenn dem Kläger selber der Wechsel, so wie er vorliegt, vom Verklagten übergeben wäre, Verklagter durch Einlösung des Wechsels bei dem legitimirten Inhaber liberirt sein würde. Dies hat aber der Appellationsrichter keineswegs verkannt, daher die §§ 235, 242, Tit. 16, § 100 bis 102, Tit. 4, Thl. I. des Allg. L.-Rs. nicht verletzt. Dagegen ist unrichtig die Behauptung, daß unter den vorliegenden Umständen die Hingabe des Accepts an den Reisenden, dessen Hingabe an den Kläger selber dargestellt habe, daß es darum gleichgültig sei, ob Kläger wirklich Wechselberechtigter geworden war, und ob die Zahlung an den Kläger erfolgt ist, und ungegründet ist der auf diese Behauptung gestützte Vorwurf, der Appellationsrichter habe durch die gegentheilige Annahme den § 85, I. 13 des A. L.-Rs.:

> Was der Bevollmächtigte, zufolge des erhaltenen Auftrages, mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre.

verletzt. Denn die Anwendung dieses Rechtssatzes setzt voraus, was der Appellationsrichter nicht feststellt, daß der Auftrag auch dahin gegangen sei, beziehentlich dahin verstanden werden müsse, es wolle Kläger auch durch ein an Busch ertheiltes Wechselaccept befriedigt werden. Der Appellationsrichter negirt dies vielmehr, weil die Rechtslage des Klägers durch ein an Busch ertheiltes Accept sich ungünstiger gestalte. Zu einer Anwendung endlich der von Schadensersatz handelnden, als verletzt bezeichneten §§ 277—280, 285—287, Thl. I, Tit. 5 des A. L.-Rs. hatte der Appellationsrichter keine Veranlassung. Er nimmt nicht an, daß Verklagter ein Versehen begangen habe, welches ihn trotz gültig geleisteter Zahlung dem Kläger ersatzpflichtig machen könnte, sondern es liege ein Versehen vor, welches die Liberation des Verklagten verhindert habe.

Das Reichsoberhandelsgericht stellt hier also an sich die Befugniß

Digitized by Google

des Reisenden die Forderung des Klägers einzuziehen nicht in Abrede. Art. 49 des H.-G.-Bs. ermächtigt ja auch den Handlungsreisenden zur Einziehung solchen Kaufgeldes.

Zu dieser Einziehung gehört allerdings zunächst die Annahme baarer Zahlung. Unzweifelhaft kann aber der Reisende auch Werthpapiere und Wechsel als Zahlungsmittel für seinen Principal annehmen. Thut er dies, so werden diese Werthpapiere nicht ein Theil des Vermögens des Reisenden, sondern es ist nach § 85 I. 13 des A. L.-Rs. so anzusehen, als ob die Uebergabe der Werthpapiere an den Principal selbst erfolgt wäre. Auch nach § 62 a. a. O. kommen alle Vortheile, welche aus dem aufgetragenen Geschäfte entstehen, dem Machtgeber allein zu statten.

So gut als der Reisende verpflichtet war, die auf des Principals Namen ausgestellten Wechsel demselben zu übergeben, so mußte er dies auch mit dem auf seinen eigenen Namen ausgestellten Wechsel thun, und den Wechsel auf ihn giriren, wenn er ihn nicht selbst für den Principal einziehen wollte. Es ändert in der Sache nichts, wenn der Reisende den auf seinen Namen ausgestellten Wechsel selbst eincassirt hat. Auch hierbei handelte er nur im Auftrage seines Principals, denn es gehörte diese Einziehung der Wechselvaluta zur Einziehung der Kaufgelderforderung, mit welcher er beauftragt war.

Das Reichsoberhandelsgericht faßt diesen, dem Reisenden ertheilten Auftrag zu eng und unrichtig auf, wenn es verlangt, der Reisende müßte im vorliegenden Falle einen besonders dahin gehenden Auftrag erhalten haben, daß er auch ein auf den Namen des Reisenden ausgestelltes Wechselaccept annehmen dürfe. Gerade darum, weil dem Reisenden keine besondere Anweisung darüber ertheilt ist, welche Zahlungsmittel er annehmen darf, steht ihm auch die Befugniß zu, andere Zahlungsmittel und nicht blos baar Geld, für seinen Principal anzunehmen. Ueberdies bestimmt sogar § 53 I. 13 des A. L.-Rs., daß Ausdehnungen der Vollmacht, welche nach der Natur des Geschäfts nothwendig sind, nicht als unerlaubte Abweichungen von der gegebenen Vorschrift angesehen werden können.

Hat aber der Reisende hiernach den Wechsel in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter empfangen, so änderte hierin der Um-

Digitized by Google

stand nichts, daß der Wechsel auf dessen eigenen Namen ausgestellt wurde, denn auch den so ausgestellten Wechsel empfing er nur in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter seines Principals, also mit der Verpflichtung: den Wechsel oder dessen Erlös seinem Principal zuzustellen. Nur wenn der Verklagte seinen Wechsel nicht einlöste, hatte er seine Schuld an den Principal nicht getilgt.

Im Gegensatz zu dieser Ausführung des Reichsoberhandelsgerichts sagt denn auch das Preußische Obertribunal in seinem Erkenntnisse vom 9. Mai 1873 (Bd. 69, S. 231 der Entscheidungen): daß der Art. 52 des H.-G.-Bs. in Uebereinstimmung mit § 10, 61, 62 u. 154 I. 13 des A. L.-Rs. deutlich ausdrücke, daß durch Handlungen des Bevollmächtigten alsdann direct Rechtsverhältnisse zwischen dem Dritten und dem Principal erzeugt werden, wenn dem Dritten das Repräsentationsverhältniß erkennbar geworden, und auch bei ihm der Wille obgewaltet hat, durch den Bevollmächtigten mit dem Principale zu contrahiren.

In dem vom Obertribunal entschiedenen Falle, hatte nämlich der Bevollmächtigte seinen Auftrag dem Dritten verschwiegen und mit ihm im eigenen Namen contrahirt.

Daß aber in dem vom Reichsoberhandelsgericht entschiedenen Falle der Handlungsreisende nicht als solcher, sondern unter Verschweigung dieses Verhältnisses vom Schuldner seines Principals den Wechsel in Empfang genommen habe, das ist nach den ohne Angabe des Sachverhältnisses veröffentlichten Gründen nicht anzunehmen. Freilich würde man klarer sehen, wenn auch das Sachverhältniß mit veröffentlicht wäre.

Bedenklich ist

2. das Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts Nr. 114 vom 19. Mai 1874, dessen veröffentlichte Gründe lauten:

> Die Klage ist die condictio indebiti. Als solche ist sie unzureichend substantiirt. Die condictio indebiti erfordert den Nachweis, daß das Zurückgeforderte aus Irrthum gezahlt sei. An diesem Nachweise fehlt es. Mag auch richtig sein, daß im Allgemeinen Irrthum des Zahlenden dann angenommen werden darf, wenn gezeigt wird, daß die bezahlte Forderung rechtlich nicht existirt hat, so ist doch ein derartiger Schluß nicht ohne Weiteres gestattet, wenn die Ungültigkeit der Forde-

Digitized by Google

rung nur aus der Interpretation einer, verschiedener Deutung fähigen Urkunde entnommen wird. Denn in einem solchen Falle bleibt möglich, daß der Zahlende von einer abweichenden Auffassung des Inhalts der Urkunde bei der Zahlung geleitet worden, daß also letztere nicht das Resultat eines Irrthums, sondern einer völlig zulässigen Auffassung des Willens der Betheiligten oder gar des Entschlusses ist, gerade vermöge der Möglichkeit verschiedener Auffassung Solution nicht abzulehnen.

Ein solcher Fall ist der vorliegende. Die Fassung der Cautionsurkunde vom 20. April 1869 ist nicht so eng, daß die Sicherstellung nur auf die Wechselforderung bezogen werden dürfte; im Gegentheil die Breite und Incorrectheit in der Formulirung dieser Urkunde, namentlich aber ihr Eingang, welcher Gelddarleihung als Grund der Wechselausstellung über die Summe von 600 Thlr. angiebt, schließen das Verständniß nicht aus, daß die Sicherheit auch für den Grundanspruch (falls die Wechsel — gleichviel aus welchem Grunde — unbezahlt blieben) gegeben worden. Daß eine derartige weiter gehende Auffassung möglich ist, zeigt die Ausführung im Appellations-Urtel. Sie kann also auch bei der Zahlung vom 19. Juni 1872 bestimmend gewesen sein — bestimmend nämlich für den Verwalter der Concursmasse, also für den Vertreter der Klägerin, als er, wie als unbestritten anzusehen, das Liquidat des Beklagten gegen die Subhastationsmasse anerkannte und die Auszahlung bewilligte.

Unter diesen Umständen hätte die Klägerin ihren Irrthum, welcher die Rückforderung begründen könnte, aufzeigen müssen. Es genügt nicht, daß ihr Vertreter, wie nach Lage der Sache fast annehmbar, nunmehr die Cautionsurkunde anders versteht, als zur Zeit der Zahlung, die ältere Auffassung aber demgemäß als irrig bezeichnet.

Zunächst fällt es auf, daß in diesen Entscheidungsgründen auf gar keine gesetzliche Vorschrift Bezug genommen ist. Man sieht daher aus denselben nicht, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Fall entschieden ist. Da auch die Angabe des Sachverhältnisses fehlt, weiß man auch nicht, an welchem Orte die Zahlung erfolgt ist. Da nur von der condictio indebiti die Rede ist,

Digitized by Google

könnte man glauben, der Fall sei nach Römischem Rechte zu entscheiden. Nach der Ueberschrift hat jedoch der Proceß beim Kreisgerichte zu Brilon geschwebt. Es ist deshalb wohl anzunehmen, daß die Zahlung in dessen Bezirk erfolgt ist. Dann mußte das A. L.-R. zur Anwendung kommen. Dieses unterscheidet bei Zurückforderung einer Zahlung nicht zwischen thatsächlichem und rechtlichem, zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum. Die Streitfragen des gemeinen Rechts über diese Punkte sind bei der Rückforderung einer Zahlung im A. L.-R. geradezu und absichtlich abgeschnitten.*)

Dies nimmt auch das Preuß. Obertribunal in seinem Erkenntniß vom 23. März 1836 (Schlesisches Archiv Bd. 1, S. 413) an. Es läßt aber in diesem Falle, welcher dem vom Reichsoberhandelsgericht entschiedenen Falle gleich kommt, die Rückforderung der geleisteten Zahlung zu, indem es sagt:

Die Ansicht des Richters erster Instanz, daß das dritte Erforderniß der condictio indebiti „der Irrthum des Zahlenden" nicht vorhanden sei, ist unrichtig. Derselbe geht über diesen Punkt sehr kurz mit den Worten hinweg: Kläger hat nicht im entferntesten bewiesen, bei Zahlung der 1033 Thlr. in einem factischen oder Rechtsirrthum gewesen zu sein. Gleichwohl ergiebt sich das Dasein eines Irrthums der letzteren Art aus dem Ausfalle des gegenwärtigen Processes von selbst. Appellant hielt sich Anfangs verpflichtet, den vom Appellanten geforderten Betrag zu zahlen, weil es ihm an aller Veranlassung fehlt, an der Rechtmäßigkeit der Forderung zu zweifeln, und er äußerte deshalb keinen Widerspruch gegen seine Verpflichtung.**) Steht nun aber jetzt fest, daß Appellant nicht soviel zu zahlen gehabt, als Fiscus gefordert hat, so folgt daraus auch von selbst, daß er sich früher bei dem Nichtbestreiten seiner Verbindlichkeit in einem Irrthum befunden, und es läßt sich nicht absehen, welchen besonderen Nachweis er darüber noch führen solle. Irrthum ist ein auf Mangel richtiger Erkenntniß

*) Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preuß. Privatrechts § 150 II. i. d.

**) Es handelte sich in diesem Falle gleichfalls um die Auslegung der Bestimmungen eines Kaufvertrages.

Digitized by Google

beruhendes, und deshalb von der Wahrheit abweichendes Urtheil, und sein Dasein läßt, insoweit als dasselbe eine Negation des Wahren ist, gar nicht einmal einen directen Beweis zu, vielmehr wäre es Sache des Gegners gewesen, zu beweisen, daß der Kläger sein Nichtverpflichtetsein gekannt, und demohngeachtet, die Zahlung geleistet habe.

Ist aber, wie wohl anzunehmen, diese Ausführung des Obertribunals richtig, so steht doch mit derselben die Annahme des Reichsoberhandelsgerichts im Widerspruch, wenn es annimmt, die frühere Auffassung des Zahlenden, er sei zur Zahlung verpflichtet, schließe die Rückforderung des Gezahlten aus.

Es genügte nicht, daß das Reichsoberhandelsgericht die Auslegung der Cautionsurkunde auf Grund deren der Verwalter gezahlt hat, für zweifelhaft erklärt. Vielmehr mußte das Reichsoberhandelsgericht feststellen, daß die weitere Auslegung der Urkunde, auf Grund deren die Zahlung geleistet worden, die allein richtige sei. Denn war diese Auslegung nicht wirklich die richtige, so befand sich der Zahlende bei der Zahlung in einem Irrthum über seine Verpflichtung, und war deshalb die Zurückforderung des Gezahlten begründet.

Diese Rechtsfälle führen zu der Erörterung, wie wohl durch die bevorstehende Reichsgesetzgebung diese wichtige Streitfrage zu regeln sein möchte.

Im gemeinen Rechte ist diese Streitfrage bekanntlich äußerst streitig, v. Keller (Pandektenvorlesungen 1861, § 299a, S. 572) stellt folgende Sätze auf:

Der Zahlende muß irriger Weise glauben, verpflichtet zu sein; wer wissentlich ein indebitum bezahlt, der schenkt; jedoch gilt Zweifel dem Irrthum gleich.

Der Irthum muß aber in der Regel ein error facti, nicht ein error juris sein.

Ausnahmen gelten zu Gunsten der minores, milites, Bauern, Frauen, auch in Fällen, wo der Rechtsirrthum als probabilis error erscheint.

Damit stimmt auch im Wesentlichen Savigny (System, Bd. 3, S. 447) und Sintenis (das practische gemeine Civilrecht 1847, § 109, S. 525) überein.

Digitized by Google

Sintenis bemerkt noch in der Anmerkung 54: Die Ansicht, daß der Irrthum zur Begründung der condictio indebiti ein thatsächlicher sein müsse, beruhe theils auf Stellen der Pandekten, theils auf den allgemeinen Grundsätzen über den Irrthum. Gegenwärtig behaupte wohl schwerlich noch Jemand ernstlich, daß die aus Rechtsirrthum, ohne allen weiteren Unterschied geschehene Zahlung eines indebiti, die condictio indebiti begründe.

Dennoch lautet § 1048 des Entwurfs eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse vom Jahre 1864:

> Wer einem Anderen in der irrigen Meinung, demselben etwas schuldig zu sein, das vermeintlich Geschuldete zum Zwecke der Schuldentilgung, geleistet hat, kann das Geleistete vom Empfänger zurückfordern, ohne Unterschied, ob der Irrthum entschuldbar oder unentschuldbar gewesen ist, Thatsachen oder Rechtssätze betroffen hat. Dem Irrthum über die Schuld steht der Zweifel an derselben gleich, sofern nicht aus den Umständen bei der Leistung erhellt, daß der Leistende dieselbe auch für den Fall des Nichtbestehens der Schuld hat bewirken wollen.

Dagegen bestimmt § 1523 des Kgl. Sächs. bürgl. Gesetzbuchs:

> Die Rückforderung setzt voraus, daß der Leistende sich in einem entschuldbaren Irrthume über das Vorhandensein der Verbindkeit befunden hat, gleichviel ob der Irrthum Thatsachen oder Rechtssätze betrifft. Dem Irrthume steht der Zweifel gleich, wenn nicht Verzicht auf die Bestreitung der Verbindlichkeit oder die Absicht sich zu vergleichen vorliegt.

Der wesentliche Unterschied beider Vorschriften besteht also darin, daß der Entwurf jeden, sogar den unentschuldbaren Irrthum als Grund der Zurückforderung zuläßt, während das Kgl. Sächs. Gesetzbuch die Zurückforderung nur bei entschuldbarem Irrthum gestattet.

Beide Vorschriften stellen aber den thatsächlichen dem Rechtsirrthume gleich.

Es sprechen aber erhebliche Gründe dagegen, derartige Bestimmungen in das zukünftige Deutsche Gesetzbuch aufzunehmen.

Zunächst stehen diese Bestimmungen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch, denn nach diesen steht der Rechtsirrthum dem thatsächlichen Irrthum nicht gleich.

Digitized by Google

Deshalb verneint auch Savigny (System, Bd. 3, S. 447 fg.) die Frage, ob die condictio indebiti auch durch einen Rechtsirrthum begründet werden könne. Er sagt: Diese Verneinung gehe mit Nothwendigkeit aus der ganzen Natur des Irrthums hervor. Derselbe solle nicht überall helfen, sondern nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen. Auch die condictio indebiti verstehe sich von selbst. Der Zahlende hat freiwillig das Geld veräußert, und es sei besondere Begünstigung aus Billigkeit, wenn ihm die Rückforderung gestattet werde. In den Fällen aber, worin der Irrthum zur Abwendung eines Nachtheils geltend gemacht werden kann, sei doch diese Hülfe ausgeschlossen im Falle eines verschuldeten Irrthums, und als ein solcher werde in der Regel jeder Rechtsirrthum betrachtet.

Auch der § 1523 des Kgl. Sächs. bürgl. Gesetzbuchs tritt mit den allgemeinem Grundsatz in Widerspruch, welchen es über die Wirkung des Irrthums ganz richtig in den §§ 95 u. 96 aufstellt, denn dieselben lauten:

§ 95.

Wegen Irrthums, er bestehe in Nichtwissen oder Falschwissen, ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der Irrthum von der Beschaffenheit ist, daß der Wille in Wirklichkeit nicht auf dieses Rechtsgeschäft gerichtet war, insbesondere auch wenn der Irrthum die Identität des Gegenstandes oder, dafern es nach der Natur des Rechtsgeschäfts auf die Person ankommt, die Identität der letzteren betrifft.

§ 96.

Ein Irrthum von anderer Beschaffenheit, als der im § 95 angegebene hat nur dann bei Rechtsgeschäften die bei einzelnen derselben näher bestimmten rechtlichen Folgen, wenn er durch Täuschung herbeigeführt ist . . . .

In gleicher Weise legen im Allgemeinen auch die Art. 55—61 des Entwurfs von 1864 nur dem thatsächlichen Irrthum eine das Rechtsgeschäft vernichtende Wirkung bei.

Kann also nach allgemeinen Grundsätzen ein Rechtsirrthum nicht genügen, um die Nichtigkeit des unter Einwirkung desselben abgeschlossenen Geschäftes herbei zu führen, so fehlt es auch an besonderen Gründen dafür, die Zurückforderung des Ge-

Digitized by Google

zahlten um deshalb zuzulassen, daß sie auf Grund eines Rechtsirrthums erfolgt ist.

Kann ein abgeschlossenes Geschäft um deshalb nicht angefochten werden, weil sich der Abschließende dabei in einem Rechtsirrthum befand, also mehr versprochen hat, als er bei richtiger Kenntniß der Gesetze versprochen haben würde, so ist noch weniger abzusehen, warum bei einem bereits durch Zahlung erfüllten Rechtsgeschäfte der Erfüllende auf Grund eines Rechtsirrthums befugt sein soll, die geleistete Zahlung zurückzufordern.

Der Empfänger darf nunmehr das Geschäft als ein abgemachtes ansehen und wohl annehmen, daß durch die erfolgte Zahlung die rechtlichen Bedenken beseitigt sind, welche den Zahlenden von der Leistung möglicher Weise abhalten konnten. Wollte man aus Billigkeitsrücksichten gegen den Zahlenden dennoch die Zurückforderung des auf Grund eines Rechtsirrthums gezahlten zulassen, so würde dies zu einer Härte gegen den Empfänger führen, der das Geld in gutem Glauben empfangen hat, und das Geschäft mit Recht als völlig abgemacht ansieht.

Dies entspricht auch in der That der Bedeutung und Wirkung, welche im täglichen Verkehr einer jeden Zahlung beigelegt wird.

Diese Auffassung ist aber auch die allein richtige, denn die Zahlung bildet, wie Bähr (die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, S. 70) sagt, den naturgemäßen Abschluß, mit welchem das Schuldnerverhältniß seine Lebensaufgabe erfüllt hat. Von da an muß es ohne wesentliche Gefährdung des Gläubigers der Vergessenheit anheimgegeben werden dürfen, um neuen Verkehrsverhältnissen Platz zu machen. Hiermit würde es unvereinbar sein, wenn der Schuldner willkürlich, lediglich, weil er nunmehr das Gezahlte nicht schuldig zu sein behauptet, die Obligation von Neuem zur Contestation bringen könnte. Auch in der natürlichen Beweiskraft, welche die in der Zahlung enthaltene Anerkennung der Schuld zu Gunsten des Gläubigers äußert, ist diesem kein durchgreifender Schutz gegeben. Wer weiß denn, welche stärkeren Beweismittel der Gläubiger im Glauben an die definitive Erledigung des Rechtsverhältnisses aus den Händen gelassen hat. Er ist ja z. B. verpflichtet, dem zahlenden Schuldner die Schuldurkunden zurückzugeben. Vielleicht hat der Gläubiger mit Rücksicht

Digitized by Google

auf die empfangene Zahlung in gutem Glauben seine Verhältnisse wesentlich anders geordnet, oder anderweite Mittel, welche zu seiner Befriedigung dienen sollten, außer Acht gelassen. Dies ist z. B. der Fall, wenn er dem Bürgen das von diesem eingelegte Pfand zurückgegeben hat. Wie viele Verhältnisse endlich giebt es, welche sich einer völlig sicheren juristischen Erkenntniß schwer erschließen, bei denen aber die unmittelbare Anschauung der Betheiligten, vielleicht in Verbindung mit Momenten der Moral, des Anstandes und der Sitte, die Ueberzeugung von einer Verpflichtung und folgeweise die Zahlung veranlaßte. Welche Gerechtigkeit ist es, solche Verhältnisse, wo die Parteien gewissermaßen schon selbst gerichtet haben, noch nachträglich dem scharfen Zersetzungsprocesse eines Rechtsverfahrens zu unterwerfen?

Somit frägt es sich nur noch: ob man die Zurückforderung des Gezahlten wenigstens dann zulassen soll, wenn der Rechtsirrthum entschuldbar war.

Dafür sprechen sich Bähr a. a. O. und Savigny (System, Bd. III, S. 448 u. 449) aus.

Man muß aber daran festhalten, daß der Irrthum bei der Zurückforderung des Gezahlten nicht in einem größeren Umfange wirken kann, als bei dem Abschlusse des durch Zahlung erfüllten Geschäfts.

Nun kommt aber bei dem Abschlusse eines Geschäfts nach der richtigen Auffassung des Kgl. Sächs. bürgl. Gesetzbuchs und des Entwurfs vom Jahre 1864 nichts darauf an, ob der Irrthum entschuldbar war oder nicht. Auch nach § 78 I. 4 A. L.-R. bleibt die Willenserklärung dann ungültig, wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können.

Ueberdies setzt die Entscheidung der Frage: ob der Irrthum entschuldbar war oder nicht, eine so umfassende Kenntniß aller Nebenumstände, namentlich des Wissens des Irrenden voraus, wie sie der Richter in den allerwenigsten Fällen zu gewinnen im Stande ist. Dessen Entscheidung kann also in den allerwenigsten Fällen auf zuverlässige Richtigkeit Anspruch machen.

Deshalb kann die Gesetzgebung überhaupt auf die größere oder geringere Entschuldbarkeit des Irrthums kein Gewicht legen. Vigilantibus jura sunt scripta!

Digitized by Google

Somit dürfte in dem zukünftigen Deutschen Gesetzbuche zu bestimmen sein:

Wer in der Meinung, einem Anderen etwas schuldig zu sein, das vermeintlich Geschuldete geleistet hat, kann das Geleistete vom Empfänger zurückfordern, wenn die Leistung auf Grund eines thatsächlichen Irrthums erfolgt ist.

Wir wenden uns nun wieder zu den im 13. Bande veröffentlichten Entscheidungen zurück, und finden

3) das unter Nr. 109, S. 343 abgedruckte Erkenntniß bedenklich. Die veröffentlichten Entscheidungsgründe lauten:

Man hat von jeher angenommen, daß nur bewegliche Sachen den Gegenstand des Handels bilden. Nur für bewegliche Sachen ist ein organisirter Umsatz, eine Vermittelung zwischen Producent und Consument wirthschaftliches Bedürfniß, nur betreffs beweglicher Sachen wird der Ausdruck Handel, Umsatz im eigentlichen Sinne gebraucht. Wenn aber in der neueren Zeit unter Bezugnahme auf gewisse Verkehrserscheinungen diese Ausdrücke auch auf die Geschäftsthätigkeit, welche Immobilien zum Gegenstande hat, angewendet worden, so zeigt doch gerade die Art und Weise, wie dies geschieht, daß man sich der Uebertragung derselben auf ein fremdes Feld bewußt ist, und dieselben nur analog anwendet.

Bei dem hauptsächlichen, gleichsam typischen Handelsgeschäft, dem „Kauf um wieder zu verkaufen", kommt daher die Eigenschaft des Kaufobjects als beweglicher Sache nicht nur für den beabsichtigten Ankauf, sondern auch für den beabsichtigten Verkauf in Betracht. Die Waare soll als solche, als bewegliche Sache (schon die Römer verstanden unter merx nur bewegliche Sachen l. 66 Dig. V. S.) umgesetzt werden. Wird dagegen die Waare gekauft, um zur Herstellung einer Immobilie oder um in eine solche verwendet zu werden, so erscheint der Ankauf nicht als ein Umsatzgeschäft, wenn auch die Absicht dahin geht, daß die Immobilie, welche aus der verkauften Sache verfertigt, oder in welche diese verwendet ist, verkauft werden soll ...

Der Verkauf eines Hauses kann nicht so aufgefaßt werden, als würden die Steine, aus welchen es gebaut ist, in veränderter

Digitized by Google

Beschaffenheit weiter verkauft, und zwar nicht sowohl wegen der großen thatsächlichen Veränderung der Sache (denn Fabricate erscheinen sehr oft als eine totale Veränderung des Rohstoffs), sondern weil die bisherige Waare zu einer Nichtwaare geworden und dadurch aus dem Handelsgebiete geschieden ist.

Bei Beurtheilung der Frage, ob die Ankäufe von Rohmaterialien durch einen Bauunternehmer Handelsgeschäfte seien, ist daher zu unterscheiden, ob die Materialien als Mobilien veräußert werden sollen oder nicht.

Letzteres ist der Fall, wenn der Bauunternehmer auf eigenem Grund und Boden ein Gebäude errichtet, um dasselbe zu veräußern. Aber dasselbe gilt auch, wenn auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude für einen bestimmten Preis errichtet wird — genauer: wenn der Vertrag über die Ausführung des Baues als ein einheitlicher abgeschlossen war, so daß die Herstellung des Baues als Object der Vereinbarung erscheint.

Zerfällt dagegen dieser Vertrag in mehrere einzelne Verträge, soll insbesondere der Bauunternehmer die zum Bau erforderlichen Materialien einzeln berechnen und bezahlt erhalten, so ist betreffs dieser ein Verkauf über Mobilien abgeschlossen, ganz so, wie wenn mit einem Dritten über die Lieferung dieser Materialien contrahirt worden wäre. Daß der Verkäufer als Bauunternehmer nebenbei noch in anderen contraktlichen Beziehungen steht, ist irrelevant.

Als Handelsgeschäft erscheint hiernach die Anschaffung von Baumaterialien, um dieselben in der zuletzt erwähnten Weise zu veräußern, während, wenn die Verwendung der Materialien in dem ersteren Sinne beabsichtigt wird, die Anschaffung kein Handelsgeschäft ist.

Weiter folgt aus dieser Verschiedenheit, daß, wenn ein Bauunternehmer Verträge der letzteren Art gewerbemäßig einzugehen pflegt, die gewerbsmäßige Anschaffung von Baumaterialen zu dem gedachten Zwecke ihn zum Kaufmann macht, während Bauunternehmungen der ersteren Art die Kaufmannsqualität nicht begründen. Ist aber einmal in Folge gewerbsmäßiger Uebernahme von Bauten der letzteren Art die Kaufmannseigenschaft eines Bauunternehmers begründet, so folgt, daß, wenn derselbe

Digitized by Google

Baumaterialien anschafft, die Anschaffungsgeschäfte, wenn und soweit sie (was zu präsumiren ist) in seinem Gewerbebetrieb vorgenommen werden, dadurch zu Handelsgeschäften werden, gleichviel ob sie zu Verwendungen in Bauten der ersteren oder der letzteren Art bestimmt sind.

Hiernach sollen also die Ankäufe der Baumaterialien als Handelsgeschäfte angesehen werden, wenn für die zum Bau erforderlichen Materialien mit dem Bauherrn besondere Preise verabredet sind.

Man wird zugeben müssen, daß durch diese Ansicht dem Verkäufer der Materialien ein sehr schwieriger Beweis zugemuthet wird, wenn er sich auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs berufen will. Vielleicht weiß der kaufende Bauunternehmer selbst noch gar nicht, zu welchem Bau er die angekauften Materialien verwenden wird.

Es dürfte aber auch die vom Reichsoberhandelsgericht gemachte Unterscheidung in der Sache nicht begründet sein.

Mag der Preis des vom Bauunternehmer herzustellenden Gebäudes im Ganzen oder in der Weise verabredet sein, daß er die zum Bau verwendeten Materialien, so wie das Arbeitslohn einzeln berechnet, in beiden Fällen überläßt er die zum Bau verwendeten Materialien nicht in dem Zustande beweglicher Sachen. Sobald einmal die Baumaterialien zum Bau verwendet sind, sind sie nicht mehr für sich bestehende einzelne bewegliche Sachen, sondern sie werden ein Theil des Gebäudes, also einer unbeweglichen Sache. Mag also die Bezahlung in der einen oder der anderen Weise verabredet sein, in beiden Fällen liegt kein Handelsgeschäft vor. Deshalb kann ein Bauunternehmer als solcher nicht als Kaufmann angesehen werden.

Ueberdies ist dies aber einer der sehr seltenen Fälle, in denen das Reichsoberhandelsgericht mit seiner früheren Entscheidung

III. in Widerspruch tritt.

Denn es findet sich Bd. II, S. 329 der Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts unter Nr. 104 der richtige Satz vermerkt:

Die gewerbsmäßige Bauentrepriſe als solche gehört nicht zu den objectiven Handelsgeschäften. So erkannt v. I. Senat am 11. Nov. 1873 i. S. Reiß ca. Stroußberg unter Verweisung auf H.-G.-B. Art. 275. Goldschmidt, Hdbch. d. Hdlsr. I. S. 433, 514, 215 ...

Digitized by Google

Nicht zu billigen ist endlich noch:

IV. die zu große Anzahl

der in den dreizehn Bänden der Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse und Beschlüsse. Es finden sich deren 1389 aus dem Zeitraum vom 29. August 1870 bis zum 9. Juni 1874.

Sehen wir uns nur die jetzt im 13. Bande veröffentlichten Entscheidungen näher an, so finden wir denn auch

1. Unter Nr. 26 einen Rechtssatz mit der Bemerkung der Redaction, daß die Gründe für denselben bereits Bd. II, Nr. 17 und Bd. IX, S. 55 u. 119 veröffentlicht seien.

Ebenso wird unter Nr. 38 ein Rechtsfall erwähnt, mit der Bemerkung: Das Reichsoberhandelsgericht cassirte wegen unrichtiger Anwendung des Art. 281 des H.-G.-Bs unter Verweisung auf die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. II, Nr. 7.

Wozu bedarf es aber solcher Entscheidungen, welche sich lediglich auf bereits veröffentlichte Gründe beziehen.

2. Es finden sich ferner nicht wenige Erkenntnisse, in denen die Entscheidung ausschließlich oder doch hauptsächlich auf Gründen beruht, welche schon in den früheren Bänden abgedruckt sind. Dahin gehören die Erkenntnisse Nr. 17, 20, 23, 24, 28, 29, 55, 63, 66, 82, 92, 111 u. 118. In den beiden Erkenntnissen Nr. 70 u. 81 wird übereinstimmend ausgeführt, daß nach § 326 I. 5 A. L.-R. der Uebernehmer einer Sache nicht verpflichtet ist, auf eine Nachgewährung der fehlenden Eigenschaft zu warten, insoweit dies dem erkennbaren Vertragswillen entgegen sein würde. Deshalb konnte eins der beiden Erkenntnisse fortbleiben.

3. Einige der abgedruckten Erkenntnisse z. B. Nr. 13, 36, 51, 89 u. 112 wiederholen nebenbei, aber doch sehr ausführlich Entscheidungsgründe, welche bereits veröffentlicht worden.

Ein weiterer Nachweis der Art und Weise dieser Wiederholungen würde den Leser nur ermüden. Es wird aber entweder in den abgedruckten Entscheidungen selbst oder in Anmerkungen der Redaction auf die bereits veröffentlichten Entscheidungen hingewiesen, welche die nur wiederholten Gründe enthalten.

4. Es sollten doch aber auch nur solche Entscheidungen abgedruckt werden, welche Fragen erörtern und Gründe geben, durch

Digitized by Google

deren Veröffentlichung die Wissenschaft gefördert und der Praxis ein guter Dienst geleistet wird.

Deshalb bedurfte es z. B. der Veröffentlichung des Erkenntnisses Nr. 115 nicht, in welchem nur bemerkt wird, was doch ganz unzweifelhaft ist und ausdrücklich im § 16, Tit. 2, Th. 1 der Allg. Gerichtsordnung gesagt wird, daß der durch den Wohnort einmal begründete persönliche Gerichtsstand sich erst dann verändert, wenn die betreffende Person diesen Ort gänzlich verläßt, und ihren Aufenthalt anderwärts in der Absicht nimmt, ihren Wohnsitz dort aufschlagen zu wollen.

Das Erkenntniß Nr. 37 betrifft einen Fall, in welchem in erster und zweiter Instanz die im Preuß. Recht sehr zweifelhafte Frage erörtert war: ob in Betreff eines Wechselaccepts, das nur das Wort „angenommen" und den Namen des Annehmenden enthält, der Beweis der Aechtheit durch Schriftvergleichung geführt werden kann.

Hätte das abgedruckte Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts diese Frage entschieden, so wäre dessen Veröffentlichung gewiß dankenswerth. Das abgedruckte Erkenntniß erklärt aber, daß es im vorliegenden Falle der Entscheidung dieser zweifelhaften Frage nicht bedürfe, und stützt seine Entscheidung auf thatsächliche Fragen in einer schwer verständlichen Weise. So fehlt dem Erkenntnisse der rechtswissenschaftliche Werth.

Dasselbe gilt von dem Erkenntnisse Nr. 68, das auf neun Seiten nur auf thatsächliche Erwägungen die Entscheidung stützt.

Endlich wird in dem Erkenntniß Nr. 64 ausgeführt, daß der besoldete Director einer Actiengesellschaft wegen Annahme einer Gratification von einem Fabrikanten, welcher Bestellungen für die Actiengesellschaft ausgeführt hat, entlassen werden kann. Außerdem sind aber auch die weitläuftigen, kein allgemeines Interesse darbietenden thatsächlichen Erwägungen abgedruckt, aus denen gefolgert wird, daß der Director im vorliegenden Falle sich die Gratification ausbedungen hat.

Nach alledem konnte wohl die Veröffentlichung einer erheblichen Zahl von Entscheidungen theils ganz unterbleiben, theils erheblich abgekürzt werden.

Man verliert unnütz Zeit und Mühe, wenn man so vieles

Digitized by Google

lesen muß, was nur in Wiederholungen besteht, oder doch kein allgemeines Interesse hat.

Auch wird die Anschaffung dadurch erheblich vertheuert und erschwert die Masse des zu sichtenden Materials, die Uebersicht in hohem Grade.

Deshalb fühlt man sich versucht zu sagen: O Herr halt' ein mit Deinem Segen.

VIII.

Ueber die Führung mehrerer Firmen.

Von Herrn Hofgerichtsrath Dr. Friedrich Zimmermann in Gießen.

Bei der Berathung über Art. 23 (jetzt 21) des H.-G.-Bs. wurde von vielen Seiten anerkannt, daß ein Kaufmann für mehrere Handelsetablissements, die er besitze, auch verschiedene Firmen führen könne.*) Da ferner nach Art. 22 des H.-G.-Bs. allgemein gestattet ist, bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäftes dasselbe unter der bisherigen Firma fortzuführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber in diese Fortführung der Firma einwilligt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ein Kaufmann neben seiner bisherigen Firma auch noch mehrere andere führen darf. Es fragt sich nur, ob in einem solchen Falle die bisher bestandenen Handelsgeschäfte als fortwährend getrennte und von einander unabhängige fortgeführt werden müssen. In dem Kaufmannsstande und bei den Gerichten herrschen hierüber verschiedene Ansichten. Man behauptet, es könne nicht angehen, daß ein Kaufmann unter zwei oder mehreren verschiedenen Firmen ein und dasselbe Handelsgeschäft betreibe, es würden dadurch Nachtheile für das Publicum und insbesondere im Concurse für die Gläubiger herbeigeführt werden. Die Gläubiger einer angesehenen Firma würden im Vertrauen auf deren Solidität nicht veranlaßt sein, im Falle des Ueberganges der bisherigen Firma auf einen neuen Erwerber des Geschäftes, sofort ihre Anforde-

*) Protocolle, 104. Sitzung, S. 920.

Digitized by Google

rungen geltend zu machen und sich darauf verlassen, daß sie aus dem fortbestehenden Handelsgeschäfte mit ansehnlichem Vermögen ihre gesonderte Befriedigung erhalten würden. Die Handelsgerichte hätten daher nach Art. 26 des H.-G.-Bs. die Pflicht, von Amtswegen gegen solchen Mißbrauch einzuschreiten.

Allein diese Ansicht ist dennoch unrichtig. Nach dem Wortlaute des Art. 22, der von dem Fortführen eines bestehenden Handelsgeschäftes unter dessen bisheriger Firma redet, könnte man zwar versucht sein, anzunehmen, daß danach die unveränderte Fortführung des bestehenden Geschäftes in seinem bisherigen Bestande vorausgesetzt werde, so daß also verschiedene Firmen auch nur für verschiedene, selbstständige, abgesonderte Geschäfte gebraucht, und die Geschäfte nicht mit anderen verschmolzen werden dürften. Allein mit jenen Worten sollte nur der fortdauernde Zusammenhang zwischen Geschäft und Firma angedeutet werden, welcher aber auch bei der totalen Vereinigung mit einem andern Geschäfte des nämlichen Gegenstandes nicht aufgehoben werden würde. Das Geschäft würde immerhin noch fortbestehen, wenn auch in inniger Verbindung mit einem andern. Die gefürchteten Nachtheile sind auch nicht so erheblich, um die Verschmelzung der mehreren Geschäfte in Eines unter Fortführung der mehreren verschiedenen Firmen neben einander als eine unzulässige erscheinen zu lassen. Der Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Beibehaltung der bisherigen Firma wird durch das Handelsregister und Circulare veröffentlicht; es ist daher Jedem die Möglichkeit geboten, wenn er dem neuen Erwerber, der bisher schon ein ähnliches Geschäft unter seiner Firma führte, kein Vertrauen schenkt, danach seine Maßregeln zu ergreifen. Allerdings ist im Falle der Fusion einer Actiengesellschaft mit einer andern nach Art. 247 des H.-G.-Bs. das Vermögen der bisherigen, aufzulösenden Gesellschaft so lange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist. Allein diese singuläre Vorschrift läßt sich nicht ohne Weiteres auf die Fusion der Handelsgeschäfte überhaupt ausdehnen. Der Einzelkaufmann ist nicht gehindert, die erworbenen Geschäfte mit den seinigen zu vermischen, und dennoch die bisherige Firma des erworbenen Geschäftes fortzuführen. Denn auf die Fortführung der Firma hat er ein selbstständiges Recht erlangt,

Digitized by Google

ohne daß dieses an die Bedingung geknüpft wurde, das Geschäft selbst in völlig getrennter Weise fortzuführen.

Man würde auch, wenn man die fortdauernde Trennung der Geschäfte als nothwendig annehmen wollte, die Handelsgerichte leicht zu vexatorischen Maßregeln veranlassen. Dieselben würden unter Berufung auf Art. 26 des H.-G.-Bs. von Amtswegen sich aufgefordert fühlen, zu untersuchen, ob auch die Geschäfte in der Wirklichkeit als getrennte fortgeführt werden. Eine Sachuntersuchung würde sich auf die Führung der Handelsbücher, die Cassa, die Waaren-Vorräthe und Fabricate beziehen müssen. Eine solche polizeiliche Einmischung würde geradezu dem mehrfach ausgesprochenen Wunsche nach freier Bewegung und Entfernung aller vormundschaftlicher Beaufsichtigung widersprechen.*) In gleicher Weise würde durch solche Maßregeln der Credit des Kaufmannes auf das Empfindlichste geschmälert werden. Nach dem Handelsgesetzbuch kann die Vorlegung der Handelsbücher von dem Handelsgerichte auch nur in bestimmten Fällen verlangt werden. Diese sind keiner Ausdehnung fähig.

In einem gegebenen Falle war ein bestehendes Tabaks-Fabrik-Geschäft mit der Firma Gebrüder B. auf Ad. N. durch Vertrag übergegangen, mit der ausdrücklichen Ermächtigung, jene Firma fortführen zu dürfen. Ad. N. hatte damals ein ähnliches Geschäft unter der Firma J. B. N. betrieben. Nach einigen Jahren verlangte ein Theilhaber an der früheren Firma Gebrüder B., daß N. nur diese, oder seine alte Firma führen dürfe, weil derselbe in der That beide Geschäfte mit einander verschmolzen habe, wenn er auch mehrere Geschäftsbücher mit dem Namen der beiden Firmen führe, um zu wissen, unter welcher der beiden Firmen er seine Waaren versendet habe. Diese Vereinigung beider Geschäfte ergebe sich auch dadurch, daß Ad. N. seine Waaren in Firmen: J. B. N. — Gebrüder B. ausgeboten habe. Das Handelsgericht der ersten Instanz verwarf diesen Antrag. Bei dem Gerichte zweiter Instanz wurde aber darauf eingegangen, und eine nähere gerichtliche Sachuntersuchung angeordnet. Allein bei dem Gerichte dritter Instanz, dem Oberappellationsgerichte zu Darmstadt, wurde dies auf er-

*) Protocolle a. a. O.

Digitized by Google

hobene Beschwerde des Ad. N. verhindert, in Erwägung, daß das Handelsgesetzbuch durch den Art. 15 nach den ihm folgenden Artikeln den Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes unter mehreren Firmen nicht ausgeschlossen habe, ein Fall, den Kaufmann A. N. zur Vorlegung seiner Handelsbücher aufzufordern, nicht gegeben sei, weiter aber keine Veranlassung zu einem gerichtlichen Einschreiten für die Untersuchung der getrennten Geschäftsführung unter den von Ad. N. geführten zwei Firmen bestehe.*)

IX.

Ueber die Vereinigung aller Actien einer Gesellschaft in Einer Hand.

Von Herrn Hofgerichtsrath Dr. Friedrich Zimmermann in Gießen.

Wenn alle Actien einer Actiengesellschaft von einem einzigen Actionär erworben worden sind, so hört damit die Actiengesellschaft als solche factisch auf.**) Ein Actienverein setzt nothwendig mehrere Actionäre voraus, er kann nicht dem Gesetze gemäß (Art. 209, Nr. 6 der Novelle vom 11. Juni 1870) organisirt werden, wenn nicht zum mindesten drei Actionäre von der Generalversammlung der Actionäre als Aufsichtsrath gewählt und vorhanden sind. Werden von dem Besitzer aller Actien, seien diese auf Namen oder auf Inhaber lautend, die Actienscheine vernichtet, so ist damit auch die Actiengesellschaft selbst als solche für immer verschwunden,; es können keine Actien mehr ausgegeben werden, und der einzige Besitzer des Actienvermögens hat damit auf's Unzweideutigste erklärt, daß die Actiengesellschaft für immer aufgehoben sein solle. Hatte der letzte Actionär aber die Absicht, den Verein durch Begebung von Actien an Andere wieder in das

---

*) Vergl. Scheffer und Groß, Repertorium zum Allg. D. H.-G.-B. zu Art. 15, S. 36. Nr. 13 und die dortigen Citate. — Neuerdings ist der obigen Ansicht gegen die in einer anderen Richtung abweichende des Reichsoberhandelsgerichts beigetreten: Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts. Leipzig 1874, S. 23—33, besonders S. 26.

**) Rencourd, das Recht der Actiengesellschaften § 80, S. 745 fg.; Strey, das Handelsgesellschaftsrecht, I. Abth. S. 142 fg.

Digitized by Google

Leben zu rufen, so war nur ein Zustand der Ruhe eingetreten, bis der Verein wieder ins Leben gerufen worden ist.

§ 1.

Es fragt sich nun, ob der übrig gebliebene Actionär ganz willkürlich in der einen oder der andern Weise verfahren kann, und welche Wirkungen sich an seine Handlungen knüpfen?

I. Nach allgemeinen Grundsätzen kann in dem Falle, daß in den Statuten nicht etwas Anderes vorgesehen ist, wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß ein Actionär auch alle übrigen Actien in seiner Hand vereinigen darf. Ist dies geschehen, dann steht es ihm frei, wenn er die Actien demnächst wieder an Andere begeben will, die Firma der Actiengesellschaft fortzuführen. Dies kann in dem Falle wenigstens nicht beanstandet werden, wenn der einzige Actionär nach den Statuten z. B. als Director der Gesellschaft bisher schon befugt war, die Firma für die Gesellschaft zu zeichnen, oder wenn er bei einer Commanditgesellschaft auf Actien der einzige Gerant (persönlich Verhaftete) gewesen war. Das Handelsgericht hat wenigstens in diesen Fällen keine Veranlassung, von Amtswegen einzuschreiten. Wohl aber wird man den Gesellschaftsgläubigern gestatten müssen, einen Antrag darauf zu richten, daß dem Actionär von dem Handelsgerichte eine bestimmte Frist zur Erklärung über den Fortbestand des Actienvereins, zur Ueberlassung von Actien an Andere und zur Einleitung der Schritte wegen Neuconstituirung der statutenmäßigen Organe gesetzt werde, bei Vermeidung der Annahme, daß er sonst allein den Actienverein zu vertreten und die Fortführung dessen Firma zu unterlassen habe. Denn die Gläubiger der Actiengesellschaft haben augenscheinlich ein großes Interesse dabei, daß der Verein fortwährend gehörig nach Vorschrift der Statuten vertreten und gehörig organisirt sei, um ihre Rechte gegen den Verein ohne processualischen Weiterungen wahren zu können. Dies Alles muß um so mehr in dem Falle angenommen werden, wenn der einzige Actionär bisher nicht zur Zeichnung der Firma befugt war.

II. Will aber der einzige Actionär die Aufhebung der Actiengesellschaft definitiv herbeiführen, so steht an sich nichts im Wege:

1. daß er die sämmtlichen Actienscheine vernichtet. Denn er ist ja deren alleiniger Eigenthümer geworden und kann daher

Digitized by Google

auch wie ein solcher darüber verfügen, ohne an die Einwilligung Dritter gebunden zu sein. Er muß sich aber nun gefallen lassen, von den Gläubigern der Gesellschaft als alleiniger Vertreter der letzteren in Anspruch genommen zu werden. Er hat das Gesellschaftsvermögen mit dem seinigen verschmolzen, und kann sich nicht damit schützen, daß das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden allein angegriffen werden könne, während den Gesellschaftsgläubigern umgekehrt ein Separationsrecht zustehen muß.

2. Will der letzte Actionär aber in regelrechter Weise verfahren, so wird er bei dem Handelsgerichte anzeigen, daß er der alleinige Eigenthümer aller Actien geworden sei, und zugleich alle Actienscheine vorlegen mit dem Antrage auf deren Vernichtung und der Löschung des Eintrages im Handelsregister, welcher dann wie gewöhnlich, zu veröffentlichen wäre. Der Handelsrichter hat hierbei nach Art. 243 des H.-G.-Bs. zu verfahren, indem die Auflösung der Gesellschaft durch deren letzten Actionär, der hier an die Stelle des nicht mehr vorhandenen Vorstandes tritt, angemeldet worden ist. Es müssen also zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich anzumelden. Die Liquidation wird durch den letzten Actionär geschehen dürfen, wenn nicht etwa das Handelsgericht auf des Ersteren Antrag besondere Liquidatoren bestellen sollte. Eine Ueberweisung des Gesellschaftsvermögens kann alsdann in Folge des Art. 245 des H.-G.-Bs. erst nach Ablauf eines Jahres vorgenommen werden.*) Die Firma der Actiengesellschaft darf alsdann nicht mehr fortgeführt, und bis dahin nur mit dem Zusatze: in Liquidation gebraucht werden.

Nach englischem Rechte ist der im Deutschen Handelsgesetzbuch nicht erwähnte Fall der Vereinigung der Actien in Einer Hand mittelbar durch die Bestimmung vorgesehen, daß die Actiengesellschaft aufgelöst werde, wenn die Mitglieder der Gesellschaft unter die Zahl von sieben herabgesunken sind.**) Es hängt dies mit der Anordnung zusammen, daß sich ein Actienverein gar nicht

*) Vergl. Seuffert's Archiv, Bd. 29, Nr. 155.

**) Companies acts. 30, 31 Vict. cap. 131 III. art. 67: „whenever the members are reduced in number to less than seven"

Digitized by Google

bilden kann, wenn nicht wenigstens sieben Personen zusammentreten, um einen solchen zu errichten.

In dem französischen Gesetze vom 24. Juli 1867, litre II. Art. 38*) findet sich eine ähnliche Bestimmung, indem danach von jedem Betheiligten die Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann, sobald seit dem Herabsinken der Anzahl der Actionäre unter sieben ein Jahr verflossen ist, welche Zeitdauer in dem Belgischen Entwurfe vom 3. Decbr. 1872, Art. 72 auf sechs Monate beschränkt wurde.

Es dürfte wohl zweckmäßig sein, bei der Revision der Actiengesetzgebung auch den obigen Fall zu berücksichtigen und eine dahin zielende Bestimmung zu treffen.

III. Führt nun der einzige Actionär die Firma der Gesellschaft fort, so läßt er damit auch das Unternehmen des früheren Actienvereines fortbestehen, er ist ganz an dessen Stelle getreten und muß daher auch alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft leisten, er kann sich nicht etwa den Gewinn allein zueignen, und das frühere Gesellschaftsvermögen allein belasten. Er ist, da das Vermögen der Gesellschaft nebst deren Schulden auf ihn übergegangen ist, den Gesellschaftsgläubigern direct verhaftet, und sowohl passiv als activ legitimirt.

§ 2.

In einem gegebenen Falle hatte der alleinige Gerant einer Commanditgesellschaft auf Actien zur Ausbeutung von Bergwerken beschlossen, die im Jahre 1862 gegründete Actiengesellschaft durch Ankauf sämmtlicher Actien aufzulösen, weil er die Verantwortlichkeit Dritten gegenüber nicht länger tragen wollte. Das Gesellschaftsvermögen wurde durch 2000 Actien auf Inhaber zu 100 fl. repräsentirt, es sollte die Gesellschaft in eine reine Actiengesellschaft umgewandelt werden, allein die Concession hierzu war nicht ertheilt worden. Der Aufsichtsrath sollte aus fünf Actionären bestehen, dieselben waren auch gewählt worden und es hatten mehrere Generalversammlungen bestanden. Der Gerant hatte nach und nach die meisten Actien erworben, und der von ihm

*) La dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept.

Digitized by Google

angestellte technische Director des Bergwerks angeblich in des Ersteren Auftrag die letzten Actien angekauft. Nun trat dieser bisherige Director im Jahre 1873 bei dem zuständigen Handelsgerichte mit dem Antrage auf, daß diese Actiengesellschaft, gegen welche er mehrere Ansprüche durch Klage geltend zu machen habe, in dem Handelsregister eingetragen werde.

Der Besitzer des Bergwerkes bestritt jedoch seine Verbindlichkeit, den Eintrag bewirken zu lassen, weil er der Eigenthümer aller Actien sei, das Bergwerk in sein Privateigenthum übergegangen wäre, wie denn auch die Belehnungsurkunde auf seinen Namen laute. Er habe das Bergwerk bisher als sein Privateigenthum verwaltet und wenn er auch die frühere Firma der Bergbaugesellschaft fortgeführt habe, so sei dies nur aus dem Grunde geschehen, um die seitherigen Geschäftsfreunde nicht irre zu machen; es existire aber keine Actiengesellschaft.

Der Antragsteller erklärte die Behauptung des bisherigen Repräsentanten der Gesellschaft, daß er alle Actien aufgekauft habe, für unwahr, und legte auch eine solche Actie dem Gerichte als sein Eigenthum vor. Nur die Generalversammlung habe nach den Statuten das Recht der Auflösung der auf 25 Jahre eingegangenen Gesellschaft. Diese müsse in dem Handelsregister eingetragen werden, und sei alsdann Sache des Gegners, wenn er die erforderlichen Nachweise liefern könne, die Löschung des Eintrages zu bewirken.

Das Handelsgericht verfügte darauf auch, daß der bisherige Gerant den Eintrag im Handelsregister bei Strafe zu bewirken habe. In den beiden oberen Instanzen wurde diese Anordnung bestätigt, weil durch die Vereinigung sämmtlicher Actien in der Hand Eines Berechtigten die rechtliche Auflösung der Gesellschaft noch nicht von selbst bewirkt werde, es vielmehr hierzu einer urkundlichen Löschung bedürfe, dieser aber die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, sowie dann weiter die geeigneten, auf Löschung gerichteten Anträge und die zur Wahrung und Sicherung der Rechte der Interessenten erforderlichen und gesetzlich vorgeschriebenen Anordnungen vorausgehen müßten.

Nun legte der Bergwerksbesitzer unter wiederholtem Proteste den Gesellschaftsvertrag vor und erklärte zugleich, daß sein Ver-

Digitized by Google

treter künftig zeichnen werde: „Die Direction der betr. Gruben.“ Außerdem machte er darauf aufmerksam, daß nach den Statuten alljährlich die 5 Mitglieder des Aufsichtsrathes durch die Generalversammlung bestimmt werden sollten, daß es aber unmöglich sei, eine solche zu berufen, da höchstens 2 Actionäre vorhanden wären, uns sei danach unmöglich, den gesetzlichen Anforderungen des Art. 177 vgl. mit Art. 210a des H.-G.-Bs. und der Novelle vom 11. Juli 1870 zu genügen, er selbst habe die in seinem Besitze befindlich gewesenen Actien vernichtet.

Das Handelsgericht überzeugte sich jetzt von der Unthunlichkeit des begehrten Eintrages, wies den desfallsigen Antrag zurück, erklärte, daß eine Gesellschaft rechtlich nicht existire, bevor der Eintrag im Handelsregister erfolgt sei, daß aber Dritten alle Rechte wegen der widerrechtlich ausgegebenen Actien gegen Diejenigen vorbehalten blieben, welche im Namen der Gesellschaft gehandelt hätten. Die von dem Antragsteller dagegen erhobene Beschwerde wurde auch in der zweiten Instanz nach vorgängiger näherer Ermittelung über die relevanten Thatsachen, namentlich die Abhaltung der letzten Generalversammlung, als unbegründet zurückgewiesen. Dabei wurde hervorgehoben, daß wegen der mangelnden staatlichen Genehmigung, die zur Zeit der Errichtung der Gesellschaft erforderlich gewesen, eine gültige Gesellschaft niemals bestanden habe, daß ferner die Inhaberactien nur auf 100 fl. lauteten, mithin dem Art. 173 des H.-G.-Bs. nicht entsprochen hätten, eine genügende Vertretung und Organisirung der Gesellschaft bei höchstens 2 bis 3 Inhabern von Actien nicht vorhanden sei, auch nicht geschaffen werden könne. Bemerkt wurde, daß übrigens die Fortführung der Firma der Gesellschaft unzulässig gewesen sei.

X.

Ueber die Vorschrift des Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs., wonach Verträge über unbewegliche Sachen von den Handelsgeschäften ausgeschlossen sein sollen, deren Entstehung, Anwendung und Modificationen.

Von Herrn Geh. Justiz- u. Appell.-Ger.-Rath **Kebling** in Eisenach.

Trotz der absoluten Fassung des Art. 25 des A. D. H.-G.-Bs.

Digitized by Google

und trotz der desfallsigen vielfachen Entscheidungen und Ausführungen auch in diesem Archive (vgl. III, S. 121 ff.; IV, S. 184 ff.; VI, S. 43; IX, S. 144 ff., 322 ff., 444 ff.; XVII, S. 235 ff.; XXI, S. 109 ff.; XXII, S. 47 ff.; XXIII, S. 437) — kommen doch noch immer in der Praxis der Gerichte Fälle vor, in denen Verträgen über Immobilien, namentlich Miethverträgen wenigstens dann die Eigenschaft der Handelsgeschäfte beigelegt wird, wenn sie zum Zwecke des Handelsbetriebes abgeschlossen worden sind. Deshalb habe ich mich veranlaßt gefunden, die Unrichtigkeit solcher Entscheidungen und deren Begründung insbesondere durch die Darstellung der Entstehungsgeschichte des Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. in Nachstehendem nachzuweisen und überhaupt dessen Tragweite für die Anwendung möglichst genau und vollständig zu bestimmen.

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Art. 211, Schlußabsatz enthält den Satz:

„Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte."

Die Motive sagen hierzu: Der Handel beziehe sich begriffsmäßig nur auf bewegliche Sachen (vgl. Span. H.-G.-B. Art. 360) und deshalb seien Verträge über Immobilien (Veräußerungen, Parcellirungen, Verpfändungen) demselben fremd! Die Speculation habe sich zwar neuerer Zeit auch auf den Umsatz von Immobilien geworfen, für die Gesetzgebung liege jedoch keine Veranlassung vor, einen solchen Umsatz zu bestärken oder gar dem Handel gleichzustellen. Auch würden die bei Verträgen über Grundstücke unentbehrlichen größeren Förmlichkeiten, sowie die meistens verwickelten Rechtsverhältnisse in Folge hypothekarischer oder anderer Rechte Dritter die Anwendung des Handelsrechts auf Geschäfte über Immobilien unthunlich machen. — Der Art. 211 des Entwurfes beziehe sich übrigens auf alle Verträge, deren unmittebarer Gegenstand Immobilien seien, namentlich auch auf Miethen von Lagern und Ladenräumen und Ankauf eines Etablissements zum Fabrik- oder Handelsbetriebe, wogegen der Kauf von Früchten auf dem Halme oder Holz auf dem Stamme nicht darunter falle, weil dabei die separirten Früchte und das gefällte Holz, also künftige Mobilien, Gegenstand des Vertrages seien.

(Wesentlich ist hiernach das Handelsgeschäft auf bewegliche

Digitized by Google

Sachen beschränkt, wie schon l. 66 Dig. de verb. signif. 50, 16 verb.: „Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet“ — andeutet.)

Zu dem im alinea fin. des Preuß. Entwurfs enthaltenen obengedachten Satze wurde in der LIX. Sitzung der Nürnberger Conferenz beantragt, statt dessen folgende Bestimmung aufzunehmen:

„Verträge, welche die Veräußerung oder Verpfändung unbe-
„weglicher Sachen oder die Bestellung dinglicher Rechte an
„denselben zum Gegenstande haben, sind keine Handels-
„geschäfte.“

Zur Rechtfertigung dieses Antrags hob man hervor: „Die Gründe, welche in den Motiven des (Preuß.) Entwurfes für den Schlußabsatz des Art. 211 angeführt seien, paßten nur auf die in den Motiven speciell genannten Verträge über Immobilien; dagegen könne man sie nicht rücksichtlich der Miethverträge gelten lassen. Was diese Art von Verträgen angehe, so sei es zwar in gewissen Staaten nicht hergebracht, die Miethe von Comptoirs als Handelsgeschäft anzusehen, dagegen sei dies rücksichtlich der Lagerräume allgemein der Fall. Daß man die Miethe der Handlungslocalitäten nach Handelsrecht beurtheile, entspreche einem sehr dringenden Bedürfnisse. Namentlich an größeren Meßplätzen seien diese Miethen für den Handel von der größten Wichtigkeit. Wenn es über deren Räumung ꝛc. Streitigkeiten gebe, so sei gerade hier eine prompte, die Handelsverhältnisse berücksichtigende, Justiz erforderlich. Man könne nicht einwenden, mit dem Ausspruche, daß solche Miethverträge nach Handelsrecht beurtheilt werden müßten, sei nicht viel gewonnen, weil das Handelsgesetzbuch über dieselben nichts enthalte; denn es bestünden an manchen Orten kaum rücksichtlich einer andern Art von Verträgen so viele Usancen, als gerade rücksichtlich der Miethen von Lagerböden ꝛc.; das Recht der Kündigung und die für letztere geltenden Fristen z. B. seien je nach Verschiedenheit der aufgelagerten Waaren zu wesentlich verschieden. Wenn man hiernach der Miethverträge über solche Lagerräume im Handelsgesetzbuche nicht ausdrücklich Erwähnung thun wolle, so empfehle es sich doch, sie nicht von der Beurtheilung nach Handelsrecht auszuschließen, sondern eine Fassung zu wählen, durch welche nur das ausgeschlossen werde, was nach den

Digitized by Google

Motiven ausgeschlossen werden müsse, alles Andere offen und unentschieden zu lassen, so daß wenigstens die erwähnten Usancen in Geltung bleiben könnten, und die Frage über die Competenz der Handelsgerichte offen erhalten würde. Diesen Anforderungen entspreche aber die vorgeschlagene Fassung. Es wurde auch diese Fassung beschlossen. (Nürnberger Protocolle I. S. 546 u. 547.)

Der nach den Beschlüssen in erster Lesung redigirte Entwurf enthält daher in seinem Art. 223, Schlußabsatz, wörtlich die Bestimmung:

„Verträge über die Veräußerung oder Verpfändung unbeweg„licher Sachen, ingleichen Verträge über die Bestellung dinglicher „Rechte an unbeweglichen Sachen sind keine Handelsgeschäfte."
(Nürnb. Protoc. I. S. LI. Anh.).

In der CLVI. Sitzung der Conferenz wurde bemerkt, es sei in erster Lesung eine engere Fassung des Art. 211, Schlußabsatz des Preuß. Entwurfes beschlossen und im Schlußsatze des Art. 233 des (ersten) Entwurfes der Redactionscommission aufgenommen worden, um die Miethcontracte über Kaufgewölbe, Meßlocalitäten u. dgl. der Beurtheilung nach Handelsrecht nicht zu entziehen. Dies sei auch wohl angemessen, da rücksichtlich solcher Miethverträge an verschiedenen Orten unter den Betheiligten eine Reihe von Gebräuchen herkömmlich sei, welche vom gewöhnlichen Civilrechte abweichen, eine Verhandlung über solche Verträge aber, wenn sie streitig würden, im Interesse des Handels den Handelsgerichten nicht entzogen werden dürfe. Solche Gebräuche kämen an manchen Plätzen z. B. an der Ostsee rücksichtlich der zum Kornhandel verwendeten Lagerräume, der Berechnung der hierfür zu entrichtenden Miethen u. dgl. vor, und eine Entscheidung der Differenzen in Bezug auf Miethcontracte über Handlungslocalitäten durch das Handelsgericht sei namentlich in Leipzig wegen der Messen nothwendig.

Hiergegen wurde aber eingewendet: Das Hauptinteresse des Handels, welches rücksichtlich der Miethe von Lagerräumen u. s. w. zu wahren sei, bestehe darin, daß die Streitigkeiten über dieselbe in einem schnellern Verfahren erledigt würden. Diesem Interesse sei theils z. B. in Oesterreich durch mehrere

Digitized by Google

das betr. gerichtliche Verfahren wesentlich beschleunigende Bestimmungen bereits Rechnung getragen, theils könne demselben schon dadurch Genüge geschehen, daß solche Miethverträge, bei welchen dieses Interesse hauptsächlich hervortrete, namentlich die Miethen der Meßlocalitäten, der Competenz der Handelsgerichte überwiesen und nach dem, bei diesen bestehenden Proceßrechte behandelt würden. Ein Bedürfniß, die materiellen Rechtssätze des Handelsrechtes auf sie anzuwenden, sei nicht vorhanden. Die angeführten Usancen könnten an und für sich nicht einmal ein Bedürfniß für die Verweisung ähnlicher Miethverträge an die Handelsgerichte begründen; denn dergleichen Gebräuche müßten auch von den gewöhnlichen bürgerlichen Gerichten beachtet werden. Die Bestimmung, daß die mehr erwähnten Miethverträge nach Handelsrecht zu beurtheilen seien, werde zu großen Verwirrungen führen. Die Vermiethung einer und derselben Localität müsse, wenn es der entgegengesetzten Ansicht nachginge, bald nach gewöhnlichem Civilrechte, bald nach Handelsrecht beurtheilt werden, jenachdem sie von einem Privatmanne oder von einem Kaufmanne zur Einrichtung eines Comptoirs, eines Waarenlagers ꝛc. eingegangen würde. Die in dem Redactionsentwurfe (aus erster Lesung) enthaltene Bestimmung habe aber, abgesehen davon, um so mehr Bedenken gegen sich, als auch die Miethe von Localitäten nach manchen Particulargesetzen unter gewissen Umständen z. B. in Folge einer Eintragung in die öffentlichen Hypothekenbücher dingliche Rechte begründe. Jedenfalls sei die Fassung der Redactionscommission nicht zu empfehlen, indem in derselben die Miethverträge überhaupt von der Regel nur deshalb unberührt gelassen würden, damit eine specielle Gattung derselben als Handelsgeschäfte angesehen werden könnte, während doch richtiger eine durchgängige Regel unter Beifügung einzelner bestimmter Ausnahmen aufzustellen sei.

Unter allen Umständen sei es also angemessener, den ursprünglichen Satz des Art. 211 des Preuß. Entwurfes im Schlußsatze anzunehmen und die etwa nöthigen Ausnahmen rücksichtlich der Miethe von Waarenlagern u. dgl. beizufügen. Es wurde mit 11 gegen 4 Stimmen ein dem entsprechender Beschluß gefaßt, aber die Beifügung einer Ausnahme für Handlungslocale abgelehnt. (Nürnb. Protoc. II. S. 1300 unten, 1301 u. f.).

Digitized by Google

Der Art. 258 des Entwurfes aus zweiter Lesung lautet demnach einfach wieder:

„Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte."

Bei der dritten Lesung wurden in der DLXXXI. Sitzung die von den einzelnen Staatsregierungen insbesondere auch gegen Art. 258 des Entwurfes zweiter Lesung erhobenen Erinnerungen Nr. 266 und 267 der Zusammenstellung berathen. In Nr. 266 schlug Churhessen folgende Fassung des Art. 258 vor:

„Verträge über unbewegliche Sachen oder diesen rechtlich
„gleichstehende Gerechtsame sind keine Handelsgeschäfte."

Zu Nr. 267 beantragte das Königreich Sachsen, um deutlicher auszudrücken, daß sich Art. 258 auch auf Ermiethung einzelner Localien beziehen soll, statt der Worte „über unbewegliche Sachen" zu sagen: „in Betreff unbeweglicher Sachen."

Es wurde jedoch bestimmt, daß es dieser beiden Anträge unerachtet bei der Fassung des Art. 258 (II. Lesung) verbleiben solle. (Nürnb. Protoc. VII, S. 5065. Vgl. mit der Beilage, Zusammenstellung der Erinnerungen gegen den Entwurf aus zweiter Lesung enthaltend. S. 41.)

Aus diesem Art. 258 ist in dem Entwurfe aus dritter Lesung Art. 275 geworden, der dem erstgedachten jedoch ganz gleich lautet. (Vgl. Nürnb. Protoc. 2. Beilage zu Bd. VII.)

Da ein von den Factoren der Gesetzgebungen im Ganzen angenommener Gesetzentwurf, wie das A. D. H.-G.-B. ohne Zweifel in dem Sinne hat genehmigt und sanctionirt werden sollen, welchen die mit Ausarbeitung und Redaction des fr. Entwurfes beauftragte Commission ihren Worten erkennbar beilegt, so muß der ermittelte Sinn des zum Gesetze erhobenen Entwurfstextes für unbedingt maßgebend gelten, auch wenn und soweit er etwa dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauche nicht entsprechend sein sollte (vergl. dieses Archiv IV, 186), und demnach kann auch mit Grund ein Bedenken gegen die Allgemeinheit und Unbedingtheit der Bestimmung des Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. aus dem Werdeprocesse desselben insbesondere aus den Motiven nicht entnommen werden, vielmehr sprechen diese wie jener für die Unbedingtheit, und bei der Anwendung des Art. 275 cit. wird es sich hauptsächlich fragen, ob der concrete Vertrag ein Immobile, ein Grundstück zum un-

Digitized by Google

mittelbaren Gegenstande habe. In dieser Beziehung hat sich in der Theorie und Praxis wesentlich Folgendes festgestellt:

1. Zu den Verträgen über unbewegliche Sachen gehören hiernach unzweifelhaft Veräußerung von Grundstücken oder von Theilen derselben, Güterkäufe und Güterhandel, Parcellirung von Liegenschaften, Verpfändung und andere dingliche Belastung derselben oder ihrer Theile. (Vgl. Motive zum [Preuß.] Entwurfe eines A. D. H.-G.-Bs. S. 102; Löhr, H.-G.-B. zu Art. 275, S. 117, Anm. 2; dieses Archiv IV, S. 43 ff.: Striethorst, Archiv für Handels- und Wechselrecht LVI, S. 354; Centralorgan N. F. II, S. 493; Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XXVII, Nr. 67, S. 147; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. in Sachsen 1865, S. 249 ff.; Bierer, deutsch. Handelsr. § 275, S. 136; Goldschmidt, Handelsr. I. 1, S. 513, sub III). Zu den unbeweglichen Sachen werden gerechnet: Grund und Boden und was mit ihm zusammenhängt, so lange die Verbindung dauert, Mineralien, Fossilien, Quellen, Torfmoore, Wälder, Steinbrüche, Sand- und Lehmgruben, Bergwerke und sonstige Bestandtheile des Erdbodens, Gebäude aller Art, deren Fundamente im Grunde und Boden ruhen, mithin nicht solche Gebäude, die nicht im Erdboden fundamentirt sind, l. 60 Dig. de acquir. er. dom. 41, 1, sowie alle Theile vom Boden, in solchem wurzelnde Pflanzen bez. Bäume und deren hängende Früchte. (Unger, österr. Civilr., S. 383 u. f.; Goldschmidt, Handelsr. I. 1, § 510, Ziff. 1.)

Dem Grundstücke gleich bez. als Theile desselben gelten rechtlich noch: beweglicher Beilaß, Pertinenzen desselben z. B. Schlüssel, wegnehmbare Vor- oder Doppelfenster, transportable Oefen, Gewerbsinventar, Apothekergeräthschaften, Betten und sonstige Wirthschaftseinrichtung eines Gasthofes, Maschinen und Geräthschaften einer Fabrik, wenn sie im Hause nicht befestigt sind. Ist dies der Fall, so bilden sie einen Bestandtheil des Gebäudes selbst. (Funke v., Pertinenzen, S. 49, 61 ff., 159 ff.; Unger, a. a. O. S. 451, 452 u. 458, S. 508—511; Goldschmidt, Handelsr. I. 1, S. 510, Ziff. 1.)

2. Deshalb fallen selbst Speculationsgeschäfte mit Immobilien nicht unter den Begriff von Handelsgeschäften; denn wenn auch nach Art. 274 des A. D. H.-G.-Bs. bei den von Kaufleuten geschlossenen

Digitized by Google

Verträgen eine gesetzliche Vermuthung dafür spricht, daß selbige zum Betriebe des Handelsgeschäftes gehören, so enthält doch Art. 275 ausdrücklich die specielle und ausnahmslose Bestimmung, daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sein sollen. (Vgl. dieses Archiv, S. 121—123; Endemann, Handelsr., § 1 bei und in Note 8.)

3. a) Die Lieferung von Fossilien, wie Lehm, Sand, Steinen, Ziegelsteinen aus eigenem oder pachtweise bez. nießbräuchlich zu benutzenden Grund und Boden, — von Mineralien aus den Bergwerken, von Getreide, Stroh aus der eigenen Ernte, von Holz aus eigenem Walde, — b) die Ausnutzung eines Torflagers und des Rechtes, auf fremden Grunde und Boden Torf zu graben, die desfallsige, persönliche oder dingliche Ueberlassung eines Torfmoores, die Ueberlassung und Ausnutzung einer Sand- und Lehmgrube, eines Steinbruchs, eines Bergwerkes, Einräumung von Waldnutzungsrechten ist vom Gebiete des Handelsbetriebs ausgeschlossen und bildet keinen Gegenstand von Handelsgeschäften. (Centralorgan pro 1862, S. 276, pro 1863, S. 133, N. F. I. S. 258, II. S. 42, 545, III. S. 193; Löhr, Handelsgesetzbuch zu Art. 271, Anm. 8, 9, 10, S. 113.)

4. Kein Vertrag, welcher den Ankauf und den wirthschaftlichen Betrieb von Grundstücken zum Gegenstande hat bez. bezweckt, ist Handelsgeschäft bez. Handelsgerichtssache. (Centralorgan pro 1864, S. 110, N. F. I. S. 10; Löhr, Handelsgesetzbuch zu Art. 275, S. 117, Anm. 5; Wengler, Handelsgesetzbuch, S. 243, Zus. 3.) Dies gilt auch von der Uebernahme der Be- und Verarbeitung unbeweglicher Sachen. (Goldschmidt, Handelsrecht, S. 514, sub III.)

5. Unter den Verträgen über unbewegliche Sachen hat man nach der Genesis des Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. und hauptsächlich auch nach den Motiven des Preußischen Entwurfes solche Verträge mit zu verstehen, durch welche der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nicht zum eigentlichen Geben derselben oder eines Theiles derselben an seinen Mitcontrahenten sich verbindlich macht, sondern nur die Gewährung dinglicher oder persönlicher Rechte an denselben oder auf die Substanz, den Gebrauch oder die Nutzung derselben oder das Recht auf gewisse Bezüge aus

Digitized by Google

denselben verspricht. Es gilt dies nach den Motiven des Preuß. Entwurfes S. 103 und nach dem Endergebnisse der Conferenzberathungen (Protoc. S. 1391 ff.) von der Miethe von Grundstücken, bez. Gebäuden überhaupt, insbesondere auch von Laden- und Lagerräumen, Speichern, Magazinen, Waarenlagern, Meßlocalitäten und allen sonstigen Handelslocalitäten; denn hierbei ist das betr. Grundstück bez. Gebäude oder der betr. Gebäudetheil selbst unmittelbar Gegenstand des Vertrags, und deshalb ein Vertrag über unbewegliche Sache anzunehmen. (Vgl. oben Ziff. 3 b.; Thöl, Handelsr. I, S. 21 a; Goldschmidt, Handelsr. II. 1, S. 513, sub III; v. Hahn, Commentar II. zu Art. 275, S. 46, Anm. 8; dieses Archiv IV. S. 170 ff., 191; V. S. 205 ff.; VI. S. 43; IX. S. 444 f.; XXI. S. 109 f.; Löhr, a. a. O. zu Art. 275, S. 117*); Bierer, Handelsr. § 275, S. 136.)

Weitere Uebertragungen von Seiten der Vertragsberechtigten an andere Personen mittels Vertrags werden durch die Bestimmung des Art. 275 nicht berührt, weil dabei nicht das Grundstück selbst unmittelbar Gegenstand des Vertrags ist, sondern das betr. Gebrauchs-, Nutzungs- bez. Bezugsrecht.

6. Sowenig, wie die Geschäfte der sog. Güteragenten, sind einzelne Vermittlungen von Gutskäufen, selbst wenn sie von einem Kaufmanne geschehen, als Handelsgeschäfte anzusehen und zu behandeln, schon mit Rücksicht auf den grundsätzlichen Ausschluß der Immobiliargeschäfte von den Handelsgeschäften und überhaupt vom Gebiete des Handelsrechts. Mag dieser Satz auch vielleicht unter gewissen Umständen des einzelnen Falles einer Modification unterliegen, keinenfalls ist nach Art. 275 die gegentheilige Regel, daß solche Geschäfte und Vermittlungen Handelsgeschäfte seien, bei der klaren und absoluten Natur des cit. Artikels irgend zu rechtfertigen. (Löhr, Handelsgesetzbuch zu Art. 275, S. 117, Anm. 4; dieses Archiv IV. S. 216; VII. S. 222 f.; IX. S. 145; Wengler, H.-G.-B. S. 243, Zus. 4; Bierer, Handelsr. § 275, S. 136.)

7. a) Der Vertrag über Erbauung eines Hauses unterfällt dem Art. 275, wenn der Erbauer auf eignem Grunde und

*) Im Königreiche Sachsen sind die Ansprüche in Betreff der Handelslocalitäten gegen Kaufleute den Handelsgerichten zugewiesen. Goldschmidt a. a. O.

Digitized by Google

Boden ein Haus erbauen und nach dessen Vollendung dem Besteller überliefern soll.

Auch der die Erbauung eines Hauses auf Grund und Boden des Bestellers betreffende Vertrag ist ein Immobiliarvertrag, wenn die Gegenleistung ein einheitliches Ganzes bildet, mag sie im Vertrage schon bestimmt oder auf spätere Würderung gestellt sein.

Dasselbe gilt unter gleicher Voraussetzung auch von Verträgen über Herstellung von Theilen eines Gebäudes, seien es Bestandtheile desselben, wie das Zimmerwerk, das Gemäuer, die Bedachung, die Tüncherarbeit an einem Gebäude, das Wasserwerk einer Mühle, oder local bestimmte Gebäudetheile, wie ein Stockwerk, defecte Stellen.

Ebenso ist bei gleicher Voraussetzung auch der Vertrag über die Herstellung einer Eisenbahn, eines Weges, eines Canales, eines Wehrs und anderer Wasserbauten, eines Gartens oder Parkes u. dgl. ein Immobiliarvertrag. Alle diese Verträge können daher nie Handelsgeschäft sein.

Was die Anschaffung der Baumaterialien in diesen Fällen betrifft, so geschieht solche Seitens des Bauunternehmers offenbar in der Absicht, das daraus herzustellende Gebäude oder sonstige Werk später zu verkaufen bez. daraus ein solches für ein gewisses Entgelt, d. h. in Accord, aufzuführen; keines dieser Vornehmen aber ist Verarbeitung des angeschafften Baumaterials, sondern erzeugt eine neue besondere Sache, und eine auf Herstellung solcher Bauten gerichtete, selbst gewerbsmäßige, Thätigkeit macht den Unternehmer so wenig zum Kaufmann, wie die Errichtung eigner Häuser auf Speculation, und deshalb kann hier von einem Handelsgeschäfte nicht die Rede sein.

b) Hat dagegen nach dem concreten Vertrage der Besteller die einzelnen zum Bau bez. sonstigem Werke verwendeten Materialien in dem wirklich verwendeten Umfange, die aufgelaufenen Arbeitslöhne, den (Bau-) Riß und die Leitung des Baues oder einer sonstigen Anlage auf Grund und Boden durch den Baumeister oder einen sonstigen Sachverständigen — einzeln zu bezahlen, so liegt offensichtlich kein Vertrag über ein Gebäude oder sonstiges Werk an und auf Grund und Boden, mithin über ein Immobile vor, sondern die einzelnen Sachen und Lieferungen bilden das

Digitized by Google

eigentliche Object verschiedener Verträge, welche nur zufällig zusammen abgeschlossen sind. Auf die Uebernahme von Bauten ohne Bestimmung einer einheitlichen Gegenleistung im Ganzen wird mit Grund Art. 273 anzuwenden sein.

Der Bauunternehmer und sonstige Uebernehmer einer Grundanlage werden in der Regel Anschaffungen von zu Bauten und Anlagen erforderlichen Materialien machen, und sonach sind diese Anschaffungen, jenachdem sie vor oder nach dem betr. Vertragsabschlusse erfolgen, absolute Handelsgeschäfte nach Art. 271, Nr. 1 des A. D. H.-G.-Bs. und die Uebernahme der bezüglichen Lieferungen ist ein solches absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271, Nr. 2. — Treibt der Bauunternehmer sein Geschäft gewerbsmäßig, so wird, da die Abschließung von Verträgen über Materiallieferungen einen Haupttheil seiner gewerbsmäßigen Thätigkeit bildet, er dadurch zum Kaufmanne, und sein Gewerbe zum Handelsgewerbe, nach Art. 273 aber werden alle in diesen Gewerbsbetrieb einschlagenden Geschäfte Handelsgeschäfte.

c) Ist durch gewerbsmäßige Uebernahme von Bauten und anderen Anlagen der unter b. gedachten Art — ohne einheitliche Gegenleistung — ein Handelsgewerbe geschaffen, und wurden bei Betrieb desselben auch Bauten und Werke der ersten Art (sub a 3) mit einheitlicher Gegenleistung — übernommen, so fallen alle in Ausübung des Gewerbes unternommenen Bauten oder sonstigen Werke ohne Unterschied unter den Begriff der Handelsgeschäfte, selbst wenn sie nachweislich die Ausführung von Bauten und Anlagen auf Grund und Boden der unter a. vorerwähnten Art — mit einheitlicher Entgeltung — betreffen. (Goldschmidt, Hdb. I. 1, S. 514, 515; Löhr, H.-G.-B. zu Art. 275, S. 114, Anm. 11; v. Hahn, Commentar II. zu Art. 275, § 4, S, 45 f.; Samml. handelsgerichtl. Entsch. in Baiern I. S. 350 f.; Goldschmidt's Zeitschr. VI. S. 552; VII. S. 598; VIII. S. 631 ff.; Wengler, H.-G.-B. S. 244, Zus. 5.)

8. Der Ankauf eines Gebäudes zum Zwecke des Abbruches und zur Veräußerung der davon gewonnenen Baumaterialien ist, wie die Lieferung von Baumaterialien zur Herstellung von Gebäuden auf einem fremden Grundstücke, ein Handelsgeschäft. (Centralorgan, N. F. I. S. 255 ff., 419, 484; III. S. 54;

Digitized by Google

dieses Archiv IV. S. 369; VIII; Löhr, H.-G.-B. S. 114, Anm. 12 u. 15 zu Art. 275, S. 118, Anm. 12; Thöl, Hdlsr. I. S. 215, Anm. 21 b; Samml. handelsg. Entsch. in Baiern Nr. 147 u. 175, S. 348 u. 412; Goldschmidt, Zeitschr. VIII. S. 633; Blätter f. Rechtsanw. in Baiern XXX. S. 94; Seuffert, Arch. XVIII, Nr. 207, S. 327.) Auch das Beziehen der Baumaterialien zu Speculationszwecken erscheint als Handelsgeschäft, indem eben die auf Gewinn gerichtete Absicht das characteristische Merkmal des Handelsgeschäftes ist. (Angez. Sammlung I. S. 450; Goldschmidt's Zeitschr. VIII. S. 632 f., vgl. mit VI. S. 552, VII. S. 498 f.; Wengler, H.-G.-B. S. 244, Zus. 5; vgl. Ziff. 7 oben unter b.)

9. Verträge über bloße (Commissiv- oder Omissiv-) Handlungen in Bezug auf eine unbewegliche Sache, zu denen sich der Eigenthümer der letzteren einem Mitcontrahenten gegenüber oder dieser gegen jenen verpflichtet, verfallen dem Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. nicht. (Dieses Archiv IV, S. 190.)

10. Zu den Verträgen über unbewegliche Sachen nach Art. 275 des A. D. H.-G.-Bs. sollen auch solche Verträge nicht gerechnet werden, durch welche der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache die auf derselben anstehenden Früchte (wie Getreide auf dem Halme, Bäume auf dem Stamme) oder deren beweglichen Beilaß für sich besonders, bez. selbstständig veräußert; denn, wenn solche bisherige Accessionen bez. Inventarienstücke separirt, für sich allein, außer der Verbindung mit dem Immobile, als selbstständige Vertragsobjecte veräußert werden, so kommen sie rechtlich in ihrer bisherigen Eigenschaft als Zubehör eines Grundstückes nicht mehr in Betracht, sondern es sind die separirten Früchte und das gefällte Holz und die der Zubehöreigenschaft durch die besondere Veräußerung bez. Herausgabe entkleideten beweglichen Beilaßstücke, als künftige Mobilien Gegenstand des Vertrages, und solcher wird nach den Motiven ausdrücklich nicht mit unter die Verträge über unbewegliche Sachen gezählt, von diesen vielmehr bestimmt ausgeschlossen.

Hierher will man überhaupt alle diejenigen Verträge rechnen, durch welche Theile von unbeweglichen Sachen in der Absicht der Trennung veräußert werden, abgesehen selbst von den fructus pendentes, von Holz auf dem Stamme und Baumaterialien von

Digitized by Google

einem zu demolirenden Bauwerke (vgl. oben Ziff. 8). Es gehört hierher auch die besondere Veräußerung eingelassener Spiegel, fester Oefen, Geldspinden, Doppelfenster u. dgl. (Vgl. Ziff. 3 oben.)

Jedenfalls ist der Kauf von Früchten und Bäumen am Stamme, der Mineralien und Fossilien zum Zwecke der Weiterveräußerung nach Art. 271, Nr. 1 ein absolutes Handelsgeschäft, auch wenn sie zunächst zur Ausbeute oder zur Fabrikation verwendet werden. (Löhr a. a. O. S. 113, Anm. 10, S. 118, Anm. 7; Goldschmidt, Handelsr. I. 1, S. 516; Thöl, Handelsr. I. S. 215, Anm. 21a; dieses Archiv IV. S. 190.

11. Von der Bestimmung des Art. 275 werden danach, abgesehen von desfallsigen Veräußerungsverträgen (vgl. Ziff. 1 u. 2 hiervor), Verträge nicht betroffen, durch welche bewegliche Sachen, welche Beilaß eines Grundstückes sind, besonders verpfändet, vermiethet u. s. w. werden; denn, obschon durch diese Verträge, die betr. Beilaßstücken von dem Immobile nur vorübergehend getrennt werden, und der rechtliche Verband zwischen beiden nicht gelöst wird, wie bei einer abgesonderten Veräußerung derselben geschieht, so kann man doch unter solchen Verträgen sicher nicht solche über unbewegliche Sachen verstehen. (Dieses Archiv IV, S. 191.)

12. Es fehlt ferner an ausreichendem Grunde, die Verträge über selbstständige Privilegien und Gerechtigkeiten, welche nach Particularrechten den Grundstücken gleichgeachtet werden, in der Regel im Sinne des Art. 275 unter die Verträge über unbewegliche Sachen zu rechnen: Apotheker-, Schankgerechtigkeiten und dergl. unkörperliche Sachen sind von jeher Gegenstand der Speculation gewesen. Der Unterschied zwischen solchen Gerechtigkeiten und Grundstücken besteht rechtlich nur in dem ausschließlich gewerblichen Werthe, welchen jene bei den Gewerbsgenossen haben, nicht aber die letztern: Verträge über jene haben einen entschieden gewerblichen Character. (Dieses Archiv IV. S. 193.)

13. Verträge, mittels deren Gebäulichkeiten oder beweglicher Beilaß von Grundstücken aller Art gegen Feuersgefahr oder stehende Früchte gegen Hagelschäden versichert werden, haben die versicherten unbeweglichen bez. als solche geltenden an sich beweglichen Sachen nicht unmittelbar selbst zum Gegenstande, auch

Digitized by Google

wenn der Versicherte die, kein Geben, sondern ein Thun enthaltende Verbindlichkeit übernommen hatte, die Brandversicherungsgelder zur Wiederherstellung der abgebrannten Gebäulichkeiten zu verwenden, und sie fallen nicht unter die Verträge, welche Art. 275 meint, indem bei ihnen nur das Interesse des Eigenthümers der Gebäude bez. des beweglichen Beilasses und der fructus pendentes Gegenstand des Vertrages ist.

Die Uebernahme der Versicherung, auch unbeweglicher Sachen, gegen feste Prämie enthält sogar ein absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271, Ziff. 3 des A. D. H.-G.-Bs. (Löhr, H.-G.-B. zu Art. 275, S. 117, Anm. 6; v. Hahn a. a. O. zu Art. 275, § 5; Goldschmidt, Handelsr. I. 1, S. 518 a. E.; dieses Archiv IV. S. 194; Stegmann, Entsch. des R.-O.-H.-Gs. V. S. 278; Anschütz u. Völderndorf, Commentar III. S. 22, 56.)

14. Ein Darlehnsversprechen von Seiten eines Gläubigers, wenn auch gegen hypothekarische Sicherheit, um dessen Gültigkeit gestritten wird, ist nicht unter die Verträge über unbewegliche Sachen zu rechnen. Jedenfalls ist das Ausleihen von Geldern auf Hypothek ein Handelsgeschäft, sofern das Ausleihen ohne Hypothek ein solches wäre. (Auerbach, H.-G.-B. S. 26; Arch. f. civ. Prax. XXXII. S. 378 ff.; dieses Arch. IX. S. 324.)

15. Verträge über Actien, bestehende Hypotheken, Pfandbriefe, hypothekarischversicherte Prioritätsobligationen, Ablösungsrenten und Rentenbriefe und einzelne Raten von Grundzinsen u. dgl. sind Geschäfte über Mobilien, ebenso die Verträge über Autorrechte, Erfindungspatente, Firmen, Marken u. dgl. (Goldschmidt, Handelsr. I. 1, S. 511 f. sub I. 2.)

16. Wenn ein Kaufmann bewegliche Sachen zu dem Zwecke kauft, um dieselben als Zubehör einen für sein Geschäft benutzten Immobile einzuverleiben, z. B. eine Eisenbahngesellschaft kauft Eisenbahnschienen, um sie zum Auflegen auf die Bahnschwellen zu verwenden, oder ein Ladenbesitzer kauft Spiegel, Gasröhren für sein Ladenlocal u. s. w. — so liegt ein Handelsgeschäft vor. (Goldschmidt, Handelsr. I. S. 516; Löhr a. a. O. zu Art. 275, S. 118, Anm. 8; v. Hahn, Commentar II. zu Art. 275, § 4; cit. Samml. von Entsch. I. S. 348 f.; Goldschmidt, Zeitschr. VIII. S. 631 f.).

Digitized by Google

17. Wenn die Veräußerung eines Handelsetablissements die Mitveräußerung des Gebäudes involvirt, in welchem das Geschäft bisher betrieben wurde, sowie des Waarenlagers, mit welchem der neue Erwerber das Geschäft fortbetreiben will, und der Vertrag über das Handelsetablissement als den Hauptgegenstand ein, regelmäßig sogar absolutes, Handelsgeschäft nach Art. 273 u. 274 des A. D. H.-G.-Bs. enthalten kann und in concreto meistens enthalten wird, der damit verbundene Kauf des betr. Waarenlagers aber nach Art. 271, Ziff. 1 ein absolutes Handelsgeschäft ist, der Kauf des Gebäudes dagegen nach Art. 275 die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts absolut nicht hat und nie erlangen kann; so wird der Vertrag, gleichviel ob der Kaufpreis für die einzelnen Vertragsobjecte besonders bedungen oder ein Gesammtpreis für alle bestimmt sei, theilweise nach Handelsrecht, theilweise nach Civilrecht zu beurtheilen sein, obschon er im Uebrigen ein einiges und untrennbares Rechtsgeschäft bildet. Zeigt sich dabei nach dem einen oder andern Rechte auch nur ein Theil des Vertrags unverbindlich, so wird der ganze Vertrag hinfällig. — Wo besondere Handelsgerichte bestehen, wird im Falle, daß auf einen untheilbaren Gegenstand aus solchem Vertrage geklagt wird, z. B. auf einen dem Kaufe des Gebäudes und des Waarenlagers zugleich angehörenden Kaufgelderrest, zwischen den concurrirenden Handels- und gewöhnlichen Civilgerichten die Prävention zu entscheiden haben. (Löhr a. a. O. zu Art. 275, S. 117, Anm. 2; dieses Archiv IV. S. 195.)

Wenn und soweit die unter Ziff. 7 b. u. c. und Ziff. 8—17 vorerwähnten Verträge und Geschäfte nicht schon als Handelsgeschäfte nachgewiesen und bezeichnet worden sind, wird ihre bezügliche Qualification nach den Umständen des einzelnen Falles mit Rücksicht auf die einschlagenden Bestimmungen des A. D. H.-G.-Bs. unter Berücksichtigung bez. analogischer Anwendung der oben unter Ziff. 1—17 aufgestellten Regeln, der betr. Motive und Conferenzbeschlüsse zu bestimmen sein.

Digitized by Google

D. Entscheidungen.

Entscheidungen des Kgl. Admiralitäts-Collegiums zu Königsberg.

Von Herrn Admiralitätsrath Burdach in Königsberg.

26.

Nothwendigkeit der Bestellung von Liquidatoren bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft.

Die Gesellschafter der in Königsberg unter der Firma: H. u. B. bestandenen Handelsgesellschaft Kaufmann M. B. in Königsberg und J. H. in Memel zeigten dem Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium zu Königsberg mittelst notariell beglaubigter Eingabe vom 22. September 1874 an, daß diese Handelsgesellschaft an demselben Tage aufgelöst worden sei und baten um Löschung der Firma im Gesellschaftsregister.

Das Commerz- und Admiralitäts-Collegium wies diesen Antrag mittelst Verfügung vom 26. Septbr. d. J. als unvollständig zurück, weil weder von einem der Gesellschafter Activa und Passiva der Gesellschaft übernommen und dadurch die Liquidation entbehrlich gemacht worden sei, noch Liquidatoren bestellt seien.

Es führte dabei aus, daß Art. 133 des A. D. H.-G.-Bs. verordne, daß nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft außer dem Fall des Concurses derselben die Liquidation, sofern diese nicht durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen sei, durch die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter als Liquidatoren erfolgen solle,

daß Art. 135 l. c. bestimme, daß die Liquidatoren von den

Digitized by Google

Gesellschaftern beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und die Gesellschafter zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen angehalten werden sollten, daß ferner in § 57 der Preuß. Instruction vom 12. Decbr. 1861 betreffend die Ausführung des Gesetzes vom 24. Juni 1861 über die Einführung des A. D. H.-G.-Bs. in Preußen von der Eintragung der nach der Auflösung der Gesellschaft kraft des Gesetzes eintretenden oder besonders bestellten Liquidatoren die Rede sei,

und daß die, die Auffassung des Preuß. Justizministers von dem Sinne des Art. 133 des A. D. H.-G.-Bs. enthaltende Anmerkung dazu dahin laute —

„Im Artikel 133 des H.-G.-Bs. ist vorgeschrieben, daß im Falle der Auflösung einer offenen Gesellschaft alle Gesellschafter als Liquidatoren eintreten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist." Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so sind nach Art. 135 a. a. O. die bisherigen Gesellschafter als nunmehrige Liquidatoren in das Gesellschaftsregister einzutragen. (Vgl. Nürnberger Berathungs-Protocolle, S. 1013 u. 1050).

Damit sei aber ausgesprochen, daß die Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft ausnahmslos und in allen Fällen, auch selbst dann eintreten müsse, wenn, wie im vorliegenden Falle, von den Gesellschaftern behauptet würde, daß eine Liquidation deshalb nicht mehr erforderlich sei, weil sie sich untereinander bereits auseinandergesetzt hätten. Denn der Zweck der Liquidation sei keineswegs, wie die Kaufleute H. u. B. glaubten, allein der, die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter sich zu ordnen, sondern derselbe sei hauptsächlich darauf gerichtet, die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und dritten Personen auseinanderzusetzen.

Vorzugsweise diese letzteren sollten gemäß Art. 135, 137 des H.-G.-Bs. durch Anhaltung der Gesellschafter zur Anmeldung von Liquidatoren in ihren Rechten geschützt werden. Denn für sie sei es wesentlich erforderlich, daß ein oder mehrere Vertreter der aufgelösten Gesellschaft bestellt würden, mit welchen Activa und Passiva derselben rechtsgültig geordnet werden könnten und welche, so lange die Liquidation dauere, im öffentlichen Interesse den Gerichtsstand der Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung beibehalten müßten,

Digitized by Google

(Art. 144 l. c.), während die Gesellschafter selbst nach der Auflösung der Gesellschaft denselben durch Aufgabe ihres Wohnortes nach Belieben verändern könnten.

Die Antragsteller beschwerten sich über diese Verfügung bei dem Kgl. Ostpreußischen Tribunal zu Königsberg, sie wurden jedoch von diesem mittelst Bescheid vom 27. October 1874 mit ihrer Beschwerde zurückgewiesen und meldeten in Folge dessen den früheren Gesellschafter H. als Liquidator an, worauf die beantragte Eintragung in das Gesellschaftsregister erfolgte.

27.

Wenn zwei unter denselben Gesellschaftern und unter derselben Firma an verschiedenen Orten bestehende Handelsgesellschaften ohne weitere Bezeichnung der Haupt-, resp. Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen sind, so kann nicht die eine lediglich zum Zwecke der Umgehung der Liquidation und der Erleichterung der Auflösung nachträglich als eine Zweigniederlassung bezeichnet werden.

Die Kaufleute H. u. B. zu Königsberg hatten bei dem Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium daselbst unter der Firma: W. Müllers successores & Co. eine offene Handelsgesellschaft mit der Hauptniederlassung in Königsberg und eine Zweigniederlassung in Eydtkuhnen angemeldet, desgleichen war auf die Anmeldung des Kaufmanns R. in Eydtkuhnen und des Kaufmanns F. in Königsberg die zwischen denselben unter der Firma R. u. F. bestehende Handelsgesellschaft mit dem Sitz in Königsberg in das dortige Handelsregister eingetragen worden.

Im December 1873 machten die Inhaber dieser beiden Handelsgesellschaften bei dem Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium die Anzeige, daß die Inhaber der Handelsgesellschaft R. u. B. in die Hauptniederlassung der Handelsgesellschaft W. Müllers successores & Co. zu Königsberg als Gesellschafter eingetreten seien, und daß dadurch die Firma der Handelsgesellschaft R. u. F., welche sie nunmehr als eine Zweigniederlassung ihres in Eydt-

Digitized by Google

kuhnen unter derselben Firma bestehenden Hauptgeschäftes bezeichneten, erloschen sei, daß dagegen die beiden Inhaber der Handelsgesellschaft W. Müllers successores & Co. die Kaufleute H. u. B. in die zu Eydtkuhnen bestehende Hauptniederlassung der Handelsgesellschaft R. u. F. eingetreten seien und das Geschäft gemeinschaftlich mit R. u. F. fortführen würden, daß dagegen ihr in Eydtkuhnen unter der Firma W. Müllers successores & Co. bestandenes Zweiggeschäft in Folge dessen aufgehört habe. Sie beantragten, dies in das Gesellschaftsregister einzutragen. Das Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium erklärte sich zwar bereit, den bei der Gesellschaft W. Müllers successores & Co. in Kolonne 3 gemachten Vermerk der Zweigniederlassung zu Eydtkuhnen zu löschen und die Kaufleute R. u. F. als Gesellschafter der Gesellschaft W. Müllers successores & Co. einzutragen, wies jedoch die einfache Löschung der Gesellschaftsfirma R. u. F. zurück. Eine Zweigniederlassung einer offenen Handelsgesellschaft könne allerdings auf Grund der bloßen Anzeige von ihrer Aufhebung Seitens der Gesellschafter gemäß § 60 der Instruction vom 12. Decbr. 1861 zum Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861 zum A. D. H.-G.-B. gelöscht werden, bei der Auflösung der Hauptniederlassung genüge aber eine solche Anzeige nicht, bei dieser müßte gemäß Art. 133, 135 des A. D. H.-G.-Bs. und § 57 der Instruction, falls nicht durch den Uebergang der Activa und Passiva auf einzelne Gesellschafter die Liquidation unnöthig gemacht würde, die Bestellung von Liquidatoren erfolgen. Diese gesetzliche Bestimmung könne dadurch nicht umgangen werden, daß, nachdem das Geschäft R. u. F. eine Reihe von Jahren hindurch als ein selbstständiges existirt habe und in Ermangelung jedes bezüglichen Vermerks im Handelsregister von dem Handelsbetreibenden oder Publicum als eine Hauptniederlassung angesehen worden sei, plötzlich von seinen Inhabern zum Zwecke der Erleichterung seiner Auflösung für eine Zweigniederlassung erklärt werde. Der öffentliche Glauben des Handelsregisters, welcher dagegen spräche, müsse in dieser Beziehung aufrechterhalten werden. Die Kaufleute R. u. F. erkannten dieses als richtig an und reichten eine notarielle Erklärung des Inhalts ein, daß die Handelsgesellschaft R. u. F. zu Königsberg aufgelöst und Activa und Passiva der-

Digitized by Google

selben von der Gesellschaft W. Müllers successores & Co. übernommen worden seien. Nunmehr wurde die beantragte Eintragung am 15. December 1873 bewirkt.

28.

Ueber den Begriff einer Zweigniederlassung einer Actiengesellschaft.

Der Kaufmann R. zu Königsberg hatte bei dem Gewerbesteuer-Bureau des dortigen Magistrats den Verkauf von Elbinger Actienbier in Gebinden und in Flaschen angemeldet und war dieses Geschäft zur Steuerklasse A. II. des Gesetzes wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 19. Juli 1861 (Ges.-Sammlung, S. 697) veranlagt worden. Wegen des dadurch constatirten kaufmännischen Betriebes des Geschäftes erließ das Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium unter dem 29. August 1874 an den R. ein Mandat, innerhalb 14 Tagen seine kaufmännische Firma zur Eintragung in das Firmenregister anzumelden. Derselbe wendete jedoch ein, daß er den Bierverkauf nur für Rechnung der Elbinger Actienbrauerei zu Elbing betreibe, daß die Bierniederlage von dieser eingerichtet sei, und daß sie ihm Gehalt und für die Arbeiter Lohn, sowie den Miethzins und die Unterhaltungskosten des Fuhrwerkes zahle.

In Folge dessen wurde an den Director der Elbinger Bierbrauerei zu Elbing unter dem 8. Septbr. die Verfügung erlassen, zur Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 5 Thlr. die in Königsberg begründete Zweigniederlassung binnen 4 Wochen zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden. Derselbe erhob dagegen rechtzeitig Einspruch, indem er einwendete, daß das Geschäft in Königsberg keine Zweigniederlassung, sondern nur eine einfache Bierniederlage als Hülfsstation des Elbinger Geschäftes sei, da dem Kaufmann R. nur der Verkauf des als fertiges Fabrikat übersandten Bieres, keineswegs aber die Ausführung eines anderen Handelsgeschäftes übertragen sei. Das Kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium verwarf aber durch Erkenntniß vom 3. November 1874 diese Einwendungen und setzte die angedrohte Ordnungsstrafe fest.

In den Gründen wurde ausgeführt, daß, wenn das Geschäft zu Königsberg auch nicht wie das Hauptgeschäft zu Elbing das zur Bereitung des Bieres erforderliche Material anschaffe und bearbeite oder selbst die Bierbereitung betreibe, es doch wenigstens theilweise denselben Zweck wie jenes habe, nämlich das gebraute

Digitized by Google

Bier in größeren Quantitäten und auch im Detail-Verkehr zu verkaufen und zwar, wie nach der Steuerliste anzunehmen sei, in dem Umfange eines kaufmännischen Gewerbebetriebes. Dasselbe könne daher im Sinne des Handelsgesetzbuches nur als eine Zweigniederlassung eines kaufmännischen Hauptgeschäftes angesehen werden (Art. 4, 15, 18, 272 daselbst) und Instruction zum Einführungs-Gesetz zum A. D. H.-G.-B. vom 12. December 1861, Th. I, Nr. 2. Als solches müsse es bei dem Commerz- und Admiralitäts-Collegium, als dem Bezirksgerichte, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, welches dadurch für alle streitigen Handelsgeschäfte desselben forum contractus werde. Dieses Erkenntniß ist rechtskräftig geworden.

29.

Liquidation der Dividende zur Concursmasse der Actiengesellschaft.

(Erkenntniß des Kammergerichts zu Berlin vom 14. December 1874.)

Durch die Eröffnung des Concurses wird die Actiengesellschaft aufgelöst (Art. 242) und das gesammte Vermögen derselben für deren Gläubiger in Beschlag genommen. Den Gläubigern gegenüber und außerhalb des Kreises derselben stehen die Actionäre. Diese haben nach Art. 216 einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft, und solange dieselbe besteht, einen Anspruch auf einen Gewinn nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages. Sie können aber nach Art. 217 bis zur Wiederergänzung des durch Verlust verminderten Gesammtbetrages der Einlagen Dividende nicht beziehen. Hiernach sind die Actionäre im Falle Eröffnung des Concurses mit ihren Ansprüchen, mögen dieselben sich auf die Actien gründen, oder nur Dividende betreffen, an dasjenige gewiesen, das nach der Vertheilung des Vermögens unter die Concursgläubiger und nach deren Befriedigung übrig bleibt. Sie gehören in beiden Beziehungen, wie der Verkl. mit Recht geltend macht, nicht zu den Concursgläubigern.

Der entgegengesetzten vom ersten Richter vertretenen Auffassung steht auch der Art. 218 des H.-G.-Bs. entgegen, durch welchen die Rückforderung der Dividende nur für den Fall ausgeschlossen ist, daß der Actionär dieselben in gutem Glauben empfangen hat, denn aus der Concursmasse würde ein Actionär die Dividende nicht mehr in gutem Glauben in Empfang nehmen können, da durch eine solche Verminderung des Gesellschaftsvermögens, un-

Digitized by Google

zweifelhaft die Rechte der Gläubiger, deren Forderungen die Masse übersteigen, — weil ja sonst nicht der Concurs eröffnet worden wäre — würden beeinträchtigt werden. Dies aber will das Gesetz durch Aufstellung von Beschränkungen in Betreff des Bezuges der Dividende gerade verhindern.

Das was als Dividende verheißen worden, darf nur aus dem reinen Gewinn der Gesellschaft gezahlt werden und das Vorhandensein eines solchen sind die Concursgläubiger zu bestreiten vorliegend um so mehr in der Lage, als nach Inhalt der Dividendenscheine die Dividende erst im November 1873 zahlbar war, während die Concurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft nach Ausweis der gerichtlichen Bekanntmachung bereits am 16. Oct. 1873 stattgefunden hatte. Es folgt hieraus, daß zu der Zeit, als die festgestellten Gewinnantheile an die Actionäre ausgezahlt werden sollten, ein solcher Gewinn überhaupt nicht nur nicht vorhanden, sondern sogar das Gesellschaftsvermögen nicht mehr ausreichend war, um die Schulden zu decken, so daß ein Actionär den Anspruch auf Auszahlung seines Gewinnantheiles nicht mehr geltend machen kann.

Ist ferner davon auszugehen, daß Kläger Actionär ist, weil er einen anderweitigen Erwerb der Dividendenscheine nicht darlegt, nicht einmal behauptet hat, so würde auch aus dem Dividendenschein selbst abzuleiten sein, daß auch der dritte Besitzer auf Grund desselben nur diejenigen Rechte ausüben kann, welche dem Actionär zustanden. Denn ein bestimmter Forderungsbetrag ist in dem Scheine nicht angegeben; andererseits ist der Schein ausdrücklich als Dividendenschein einer Actie bezeichnet, so daß jeder Erwerber die gesetzliche Natur der betreffenden Forderung kannte und alle daraus sich als möglich ergebenden Hindernisse der Geltendmachung voraussehen konnte und mußte, weshalb auch ein solcher Schein, wenngleich in Ansehung der Uebertragbarkeit, doch nicht in Ansehung der Realisirbarkeit den lettres au porteur gleichsteht.

Aus diesen Gründen war Kläger zur Geltendmachung seiner Dividendenforderung im Concurse der Gesellschaft nicht für berechtigt zu erachten und konnte es hierbei dahingestellt bleiben, ob die Bilanz auf Grund deren die Festsetzung der Dividende erfolgt ist, in der That die von dem Verklagten gerügten Unrichtigkeiten enthalten hat. *) y.

*) Vergl. Deutsches Handelsblatt 1874, Nr. 2; Juristische Blätter (Wien) Jahrg. 1874, S. 582; dagegen Grünhut, das Recht auf die Dividende und der Dividendencoupon in der von ihm herausgegebenen Zeitschr. für das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart (Wien 1874), Bd. 1, S. 375 ff. Die Frage ist damit noch nicht abgeschlossen.

Digitized by Google

30.

Entscheidungen des Kgl. Stadt- und des Kgl. Appellations-gerichts zu Breslau.

Mitgetheilt von Herrn Geh. Finanzrath Dr. R. Koch in Berlin.

Inhaber-Papiere, welche der Mandatar oder Depositar mißbräuchlich in eigenem Namen verpfändet hat, kann der Eigenthümer von dem Faust-Pfand-Gläubiger gegen Tilgung der Pfandschuld zurückfordern. (Art. 306, 307, 313 bis 316 des H.-G.-Bs.).

Erkenntnisse des Stadtgerichts und des Appellationsgerichts zu Breslau vom 2. März und 29. October 1874.

Häufig genug ist es in den letzten Jahren vorgekommen, daß Banquiers oder andere Personen das Vertrauen ihrer Committenten gemißbraucht haben, indem sie die ihnen anvertrauten Werthpapiere an Dritte in eigenem Namen verpfändeten. Dem redlichen Pfandnehmer kann in solchem Falle sein Pfand mit der Eigenthumsklage in der Regel ohne volle Befriedigung nicht abgefordert werden (H.-G.-B. Art. 306, 307). Streitig aber ist es, ob er auch wegen anderer Forderungen, für die das Pfand an sich nicht bestellt worden ist, letzteres zurückhalten darf. Das kaufmännische Retentionsrecht (der Art. 313 flgde. des H.-G.-Bs.) beschränkt sich, abgesehen von anderen Erfordernissen, auf Sachen und Werthpapiere des Schuldners. Ist dasselbe auch in mancher Beziehung dem Pfandrecht verwandt, so fehlt ihm doch gerade die dingliche Wirkung. Soweit noch nach der Uebergabe an den Retentionsberechtigten dingliche Rechte von Dritten an den zurückbehaltenen Sachen gültig erworben werden können, wird selbst der Geltendmachung dieser Rechte das Retentionsrecht nicht mit Erfolg entgegengesetzt werden können. So z. B. werden nach Preuß. Allg. Landrecht I. 20, §§ 365, 366 Waaren und andere Sachen, auf welche der (Preußischen) Bank ein Pfandrecht bestellt ist, auf den Ueberrest ihres Werths durch Aushändigung des Pfandscheines gültig verpfändet. Einem solchen Pfandgläubiger gegenüber ist das Retentionsrecht der Bank an dem Ueberreste unwirksam. Zweifelhafter ist es, inwiefern das Retentionsrecht durch eine Uebergabe mittelst Anweisung (A. L.-R. I. 7, § 66) vereitelt

Digitized by Google

werden kann: *) Wichtiger aber ist die Frage, ob der Eigenthümer dem redlichen Retentionsberechtigten den Ueberrest verpfändeter Inhaber-Papiere abfordern oder m. a. W. diese letzteren gegen Berichtigung der Pfandschuld vindiciren darf. Hier kommt nicht blos die Natur des kaufmännischen Retentionsrechts, sondern auch die der Inhaber-Papiere in Betracht, welche eine erweiterte Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" zu bedingen scheinen. Die Gerichte in Breslau haben indessen kürzlich in einem solchen Falle zu Gunsten des Eigenthümers erkannt.

Das Sachverhältniß war folgendes:

Der Kaufmann G. zu Breslau hat von dem dortigen Kgl. Bank-Directorium (Filiale der Preuß. Bank) — Verklagten — am 14. Juli 1870 gegen Verpfändung von 1000 Thlr. Rheinischer und 200 Thlr. Berlin-Anhalter Eisenbahn-Stammactien ein Darlehen von 1000 Thlr. nachgesucht und empfangen. Ueber das Vermögen des G. ist demnächst bei dem Kgl. Stadtgerichte zu Breslau der Concurs eröffnet worden. In diesem Concurse hat der Kaufmann N. zu Freiburg — Kläger — sein Eigenthumsrecht an den bezeichneten Werthpapieren geltend gemacht und die Herausgabe des dem G. von der Verklagten ausgestellten Pfandscheins verlangt. Das Concursgericht hat den klägerischen Eigenthumsanspruch auf die erwähnten Effecten, resp. auf den Pfandschein anerkannt, den letzteren, nachdem derselbe durch den Concursverwalter an den Kläger cedirt worden, diesem ausgehändigt und darein gewilligt, daß dem Kläger nach Zahlung von Capital und Zinsen die lombardirten Geldpapiere Seitens der Verklagten extradirt werden. Dieselbe hat aber die vom Kläger gegen Rückzahlung der 1000 Thlr. nebst Zinsen und Rückgabe des Pfandscheins verlangte Herausgabe der verpfändeten Werthpapiere verweigert. Verklagte beanspruchte nämlich wegen einer ihr noch in Höhe von 2117 Thlr. 3 Sgr. an G. zustehenden Wechsel-Restforderung bis zu ihrer Befriedigung an den qu. Effecten das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 313 des H.-G.-Bs.

Kläger bestritt dasselbe und verlangte die Herausgabe der Werthpapiere. Er begründete seinen Klageanspruch, wie folgt:

---

*) Busch Archiv, Bd. 14, S. 449.

Digitized by Google

Mittelst Schreibens vom 13. Juli 1870 habe er dem G., mit welchem er in Geschäftsverbindung gestanden, vier Stück Rheinische Eisenbahn-Stammactien Nr. 72921, 72922, 72923 und 132,185 über je 250 Thlr. zusammen also über 1000 Thlr. nebst Couponbogen und ein Stück Berlin-Anhalter-Eisenbahnactie C. Nr. 16582 über 200 Thlr. nebst Couponbogen mit dem Ersuchen übersandt, ihm, dem Kläger, gegen Hinterlegung dieser Actien ein Lombarddarlehn von wenigstens 1000 Thlr. zu beschaffen und den in dieser Weise erhobenen Betrag für klägerische Rechnung an den Kaufmann H. C. Pl. in Berlin zu zahlen, resp. einzusenden. G. sei diesem Auftrage nachgekommen, indem er gegen unterpfändliche auf seinen eigenen Namen erfolgte Niederlegung der gedachten Effecten bei der Verklagten von dieser ein Lombarddarlehn von 1000 Thlr. erhalten und das Geld für Rechnung des Klägers an den Kaufmann H. C. Pl. in Berlin gesandt habe.

Hiernach und auf Grund der bereits vorher erwähnten von der Verklagten als richtig zugestandenen Thatsachen sei Kläger berechtigt, gegen Rückzahlung des Darlehns von 1000 Thlr. nebst Zinsen und Rückgabe des Pfandscheins, von der Verklagten die Herausgabe der verpfändeten Effecten zu verlangen. Die Berufung der Verklagten auf den Art. 313 des H.-G.-Bs. sei verfehlt, weil die retinirten Werthpapiere nicht dem „Schuldner", dem G., sondern dem Kläger gehörten. Verklagte sei auch ferner ihres angeblichen Retentionsrechts an den qu. Effecten, weil sie dasselbe in der von dem Concursgericht angemeldeten Frist nicht angemeldet habe, verlustig gegangen. Ebenso werde die Weigerung der Verklagten auch nicht gerechtfertigt durch den von ihr in Bezug genommenen § 5 der gedruckten allgemeinen Bedingungen für Lombarddarlehne, da durch diesen Paragraph sich die Verklagte nur befreit habe von einer lästigen und unter Umständen vielleicht unausführbaren Verpflichtung zur Prüfung der Legitimation der Besitzer des Pfandscheines als Eigenthümer des Pfandobjectes.

Kläger beantragte deshalb:

die Verklagte zu verurtheilen, Zug um Zug gegen Rückzahlung des Darlehns von 1000 Thlr. nebst den davon rückständigen

Digitized by Google

Lombardzinsen und gegen Aushändigung des Pfandscheins Nr. 8670, sowie gegen Ausstellung einer Quittung klägerischer Seits, die mit den Nummern 72,921, 72,922, 72,923, 132,185 versehenen vier Stück Rheinische Eisenbahn-Stammactien à 250 Thlr. zusammen über 1000 Thlr. und die mit Nr. 16,285 Litt. C. versehene Berlin-Anhalter-Eisenbahn-Stammactie über 200 Thlr. sämmtlich nebst den der Verklagten am 14. Juli 1870 übergebenen Zinscoupons an den Kläger herauszugeben.

Mit Rücksicht darauf, daß dem Kläger unbekannt, auf wie hoch der Lombard-Zinsbetrag für das Darlehn, soweit die Zinsen noch nicht bezahlt worden sind, sich belaufe und welche Zinscoupons sich bei den lombardirten Effecten zur Zeit befunden haben, als sie Seitens des G. unterpfändlich bei der Verklagten niedergelegt worden sind, ist von dem Kläger ein Eventual-Antrag dahin gestellt worden:

a) die Verklagte zur Vermeidung der Execution zu verurtheilen, anzuerkennen, daß sie verpflichtet, Zug um Zug gegen Rückzahlung des Darlehns von 1000 Thlr. nebst den davon rückständigen Lombardzinsen und gegen Aushändigung des Pfandscheins Nr. 8670, sowie gegen Ausstellung einer Quittung klägerischer Seits

die mit den Nummern 72,921, 72,922, 72,923 u. 132,185 versehenen vier Stück Rheinische Eisenbahn-Stammactien à 250 Thlr., zusammen über 1000 Thlr. und die mit Nr. 16285 Litt. C. versehene Berlin-Anhalter-Eisenbahn-Stammactie über 200 Thlr., sämmtlich nebst den der Verklagten am 14. Juli 1870 übergebenen Zinscoupons an den Kläger herauszugeben;

b) die Ermittelung der Höhe der rückständigen vom Kläger zu zahlenden Lombardzinsen und des terminus a quo der den vorstehend bezeichneten Effecten annectirt gewesenen und von der Verklagten mit den Effecten selbst herauszugebenden Zinscoupons einem besonderen Verfahren vorzubehalten.

Die Verklagte führte aus, daß ihr Retentionsrecht bestehe, selbst wenn der Kläger den Nachweis seines Eigenthums an den Pfandstücken führen sollte. Das kaufmännische Retentionsrecht des Art. 313 des A. D. H.-G.-Bs. sei nichts anderes als ein

Digitized by Google

Pfandrecht; der dem redlichen Pfandgläubiger gegenüber dem Eigenthümer in Art. 306 u. 307 a. a. O. gewährte Schutz stehe deshalb auch dem Retentions-Inhaber zu.

Dieses, dem Anspruche des Klägers entgegenstehenden Rechts sei Verklagte auch nicht durch die angeblich unterlassene rechtzeitige Anzeige desselben beim Concursgericht verlustig gegangen, da die Verklagte bei ihrer Befugniß, sich aus Pfändern selbst zu befriedigen, nur auf besonderes Erfordern des Gerichts, über den Besitz der Pfandgrundstücke Anzeige zu machen, verbunden gewesen.

Bezüglich des § 5 der Bedingungen für Lombard-Darlehne der Königl. Bank führte Verklagte aus, daß sie von jedem Rückforderer der verpfändeten Actien Befriedigung aller ihrer gesetzlichen Ansprüche an G. zu verlangen befugt gewesen.

Den Klageantrag anlangend, so sei es Sache des Klägers, die beanspruchten Gegenstände genau zu bezeichnen und seine Gegenleistung, welche die Leistung der Verklagten bedinge, in der schuldigen Art und Höhe anzubieten.

Verklagte beantragte den Kläger mit seiner Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Das Stadtgericht zu Breslau erkannte am 2. März 1874 auf einen Erfüllungseid für den Kläger wie folgt:

Ich ꝛc. schwöre ꝛc., daß ich mittelst Schreibens vom 13. Juli 1870 dem Kaufmann G. die in der Klage erwähnten Werthpapiere mit dem Ersuchen übersendet habe, mir gegen Hinterlegung dieser Werthpapiere ein Lombard-Darlehn zu beschaffen und den erhobenen Betrag für meine Rechnung an die Handlung H. C. Pl. in Berlin zu senden,

ferner schwöre ich, daß ich der von mir angewendeten Bemühungen ungeachtet, außer den zu den Acten angezeigten oder in denselben ausgemittelten Umständen nichts weiß, wodurch meine Behauptung widerlegt würde, welche dahin geht:

daß G. obige Werthpapiere bei der Königl. Bank gegen ein Darlehn von 1000 Thlr. lombardirt und den Betrag an H. C. Pl. in Berlin übersendet hat, so wahr ꝛc.

verurtheilte im Schwörungsfalle die Verklagte nach dem Klageantrage, wies dagegen im Nichtschwörungsfalle Kläger mit seiner Klage ab.

Digitized by Google

Die Gründe lauten:

„Zunächst bestimmt der Art. 313 des H.-G.-Bs. ausdrücklich: „Ein Kaufmann hat wegen fälliger Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners." Der Schuldner muß also Eigenthümer der Sachen sein, an denen das Retentionsrecht ausgeübt werden soll. Die Berufung auf Art. 306 a. a. O. ist verfehlt, und widerlegt vielmehr diese Vorschrift die Rechtsansicht der Verklagten. Will man nämlich in dem Retentionsrecht des Art. 313 a. a. O. auch ein gesetzliches Pfandrecht finden, so bestimmt doch jener Art. 306, Abs. 5, daß nur das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers mit dem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte insofern auf gleicher Stufe stehe, als auch diese als redliche Inhaber dem dritten Eigenthümer oder dinglich Berechtigten gegenüber im Pfandbesitz geschützt werden: und hieraus folgt, daß der dort ausgesprochene Rechtsgrundsatz auf die Retentionsberechtigten des Art. 313 a. a. O. niemals analog angewendet werden kann (cfr. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 6, S. 310.)

Hierin ändern aber auch die auf den Pfandschein gedruckten allgemeinen Bedingungen der Königl. Bank für Lombard-Darlehne nichts, welche nur besagen, daß sich dieselbe wegen aller ihrer gesetzlichen Ansprüche aus dem Pfandvertrage an das Pfandstück halten kann und nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Präsentanten des Pfandscheins zu prüfen, und vielmehr diesen ohne Weiteres als rechtmäßigen Eigenthümer des Unterpfandes anzusehen, berechtigt ist.

Bei dieser Rechtslage kam es daher nur auf die Frage an, ob Kläger der Eigenthümer der verpfändeten Werthpapiere ist, und G. dieselben lediglich nur in seinem Auftrage und für seine Rechnung bei der Verklagten lombardirt hat. In dieser Beziehung hat nun der Kaufmann G. zeugeneidlich bekundet: daß ihm der Kläger die fraglichen Werthpapiere mit dem Ersuchen übersandt, gegen Hinterlegung derselben ein Lombard-Darlehn von 1000 Thlr. zu beschaffen und den erhobenen Betrag für seine — des Klägers

Digitized by Google

Rechnung an den Kaufmann H. C. Pl. in Berlin zu senden, und daß er, Zeuge, diesen Auftrag dadurch erfüllt, daß er die Werthpapiere bei der Verklagten gegen Empfang eines Darlehns von 1000 Thlr. verpfändet und diese 1000 Thlr. an H. C. Pl. eingesandt. Ferner hat aber auch der Kaufmann M. als Mitinhaber der Handlung H. C. Pl. in Berlin zeugeneidlich bestätigt, daß G. am 15. Juli 1870 für Rechnung des Klägers jene 1000 Thlr. der Handlung übersandt habe.

Nach diesem Resultat der Beweisaufnahme spricht für die Richtigkeit der klägerischen Behauptungen ein so hoher Grad der Wahrscheinlichkeit, daß zu seinen Gunsten auf den Erfüllungseid zu erkennen war. Leistet er den Eid, so ist das Klagefundament erwiesen und Verklagte nach dem principalen Klageantrage zu verurtheilen, indem weder die Zahl der mit den Werthpapieren verpfändeten Coupons noch der Betrag der bei Rückzahlung des Darlehns zu berichtigenden Zinsen zur Zeit streitig ist und diese Fragen eventuell selbstverständlich im besonderen Verfahren zum Austrage kommen müssen, falls sie streitig würden. Leistet dagegen der Kläger den Eid nicht, so ist er als beweisfällig mit seiner Klage abzuweisen ꝛc."

Auf die Appellation der Verklagten hat das Appellationsgericht zu Breslau unterm 29. October 1874 auf Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz erkannt, und zwar aus folgenden Gründen:

„Die Verklagte hat der Klage den Einwand entgegengestellt, daß die streitigen Papiere als Inhaberpapiere gegen den redlichen Pfandbesitzer (unvollständigen Besitzer) überhaupt nicht vindicabel seien; diese Deduction läßt sich jedoch nicht theilen, weil die mit der Klage zurückgeforderten Inhaberpapiere nicht ohne den Willen des Klägers in den Besitz der Verklagten gekommen sind und die Rückgabe der Papiere auf Grund des für Kläger durch G. abgeschlossenen Pfandvertrages gefordert wird.

Die weiteren Rechtsausführungen der Verklagten versuchen den Nachweis zu führen, daß das im Art. 313 des H.-G.-Bs. behandelte Retentionsrecht der Hauptsache nach in Wahrheit ein gesetzliches Pfandrecht sei, und daß diesemnach in Ansehung der Vorschrift des Art. 306 des H.-G.-Bs. auch ein früher begründetes

Digitized by Google

Eigenthum zum Nachtheile des das Zurückbehaltungsrecht ausübenden Kaufmanns nicht geltend gemacht werden könne.

Verklagte hebt hervor: während die Nürnberger Commission das im § 50 des Oesterreichischen revidirten Entwurfes zum Handelsgesetzbuch ausgesprochene Princip, das dem Gläubiger gewährte Sicherungsmittel sei das gesetzliche Pfandrecht, adoptirt habe, und demgemäß in den Protocollen Seite 454 sequ. im Entwurf erster Lesung Art. 262 und in den Protocollen S. 1339 sequ. immer nur von dem gesetzlichen Pfandrechte der Kaufleute die Rede sei, werde erst im Laufe der Berathungen zweiter Lesung, Protocolle S. 1348, 1349 hervorgehoben: „in formeller Hinsicht sei noch zu bemerken, es erscheine zunächst die Einräumung eines Retentionsrechtes genügend. Die Einräumung eines eigentlichen Pfandrechts sei bedenklich, weil letzteres nach den verschiedenen Rechten verschiedene Wirkungen habe, also die Rechtsungleichheit mehren würde." Protocolle S. 1349 u. f. werde sodann das eingeräumte Recht ein Retentionsrecht mit gewissen Wirkungen des Pfandrechts genannt und S. 1352 werde registrirt: „Bei der Abstimmung ergab sich kein Bedenken darüber, daß dem Kaufmann statt eines Pfandrechts nur ein Retentionsrecht eingeräumt werden solle."

Verklagte folgert hieraus, daß man, weit entfernt, einen principiellen Unterschied beider Begriffe anzunehmen, vielmehr durch Art. 315 dem Retentionsrecht in Wirkung und Geltung die Kraft des Pfandrechts gegeben habe. Diese Folgerung erscheint nicht begründet. Nach der Entstehungsgeschichte ist mit Rücksicht darauf, daß die Einräumung eines Pfandrechts die Rechtsungleichheit mehren würde, hiervon abgesehen und bei der Abstimmung die Einräumung des Retentionsrechts an Stelle des Pfandrechts beschlossen worden. Die Entgegenstellung beider Rechte deutet unzweifelhaft auf deren Verschiedenheit, nicht auf deren Gleichartigkeit hin und das Wort „nur" in dem angezogenen Beschluß läßt kein Bedenken an der Auffassung übrig, daß das eingeräumte Retentionsrecht ein schwächeres Recht als das Pfandrecht sei. Zwar wird durch die Bestimmung des Art. 315 des H.-G.-Bs., wonach der Gläubiger befugt ist, im Wege der Klage gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen und hierdurch seine

Digitized by Google

Befriedigung herbeizuführen, die Wirksamkeit des Retentionsrechtes erweitert; allein dadurch ist nicht eine Gleichstellung beider Rechte hinsichtlich ihrer Voraussetzungen bezweckt.

Es war daher dem ersten Richter beizutreten, wenn derselbe das Zurückbehaltungsrecht des Kaufmanns nur hinsichtlich der beweglichen Sachen und Werthpapiere des Schuldners, d. i. welche Eigenthum des Schuldners sind, von Wirksamkeit erachtet. Diese Annahme steht auch nicht im Widerspruch mit der Judicatur des Reichsoberhandelsgerichts. Dasselbe bezeichnet zwar in der von der Verklagten allegirten Entscheidung (Bd. 2, S. 77, 81) das Recht des Art. 313 als ein gesetzliches Pfandrecht, welches nur insofern eigenthümlicher Art sei, als es in einzelnen Wirkungen nach Art eines gemeinen Retentionsrechtes abgeschwächt, in anderen ähnlich einem Compensationsrechte ausgerüstet sei. Von dieser Auffassung ist der Gerichtshof aber in der Entscheidung Bd. 6, S. 310 abgegangen. Dort wird anerkannt, daß die Vorschrift des Art. 313 des H.-G.-Bs. voraussetze, daß der Schuldner Eigenthümer der Gegenstände sei, deren Retention in Frage steht, und hervorgehoben, es sei hierbei unerheblich, daß dem Retentionsrechte durch das Handelsgesetzbuch eine Wirksamkeit beigelegt worden sei, welche derjenigen des Faustpfandrechts in manchen Beziehungen gleichkomme.

Auch die Bezugnahme auf den Inhalt des § 5 der Bedingungen des Pfandscheines erschien nicht geeignet, eine der Verklagten günstigere Entscheidung zu rechtfertigen. Der citirte § 5 berechtigt die Verklagte, Jeden, welcher sie vollständig wegen aller ihrer gesetzlichen Ansprüche an den Verpfänder befriedigt, und den Pfandschein zurückgiebt oder ihn zu einem anderen Zwecke präsentirt, für den rechtmäßigen Eigenthümer desselben und des Unterpfandes anzusehen. Verklagte deducirt nun, daß die Worte: „alle ihre gesetzlichen Ansprüche" nicht allein alle ihre gesetzlichen Ansprüche aus dem Pfandvertrage — wie der erste Richter annimmt — sondern neben den Ansprüchen aus dem Pfandvertrage diejenigen gesetzlichen Verpflichtungen umfasse, welche lediglich kraft des Gesetzes den Schuldner ohne jede seinerseits darauf gerichtete Willenserklärung treffen und bezeichnet als diesen außer den vertragsmäßigen Rechten ihr zustehenden Anspruch das aus Art. 313

Digitized by Google

des H.-G.-Bs., entspringende Retentionsrecht. Selbst wenn man dieser Ausführung zustimmen wollte, so steht der Verklagten entgegen, daß, wie bereits ausgeführt, der Art. 313 nur dann von Wirksamkeit sein kann, wenn die Sachen, an denen das Retentionsrecht geltend gemacht wird, Eigenthum des Schuldners, nicht eines Dritten, sind.

Abgesehen hiervon war auch darin dem ersten Richter beizutreten, daß der Inhalt des citirten § 5 sich lediglich auf die Berechtigung der Verklagten bezieht, ohne Prüfung der Legitimation den zeitigen Inhaber des Pfandscheines auch für den rechtmäßigen Eigenthümer desselben anzusehen, und es erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß hierbei in keiner Weise der Umfang der Ansprüche der Verklagten an den Verpfänder hat fixirt werden sollen.

Aus diesen Gründen mußte das erste Erkenntniß lediglich bestätigt werden."

Dieses Erkenntniß ist in Rechtskraft übergegangen. Gleichwohl ist die Begründung nicht ohne Bedenken:

1) Klagt der Kläger auf Rückgabe aus dem Pfandvertrage, so ist sein Eigenthum überhaupt nicht von Erheblichkeit. Seine Legitimation beruht dann auf dem Rechte des Verpfänders; als dessen Rechtsnachfolger muß er sich aber auch das gegen Jenen begründete Retentionsrecht (die exceptio doli) entgegensetzen lassen.
2) Die Worte „des Schuldners" in Art. 313 des H.-G.-Bs. sind nicht strict zu interpretiren. Nicht unbedingt Eigenthum des Schuldners ist vorausgesetzt; es genügt jede andere Verfügungsbefugniß (Endemann, Handelsr. S. 497, Note 7). Diese gewährt aber bei Papieren auf Inhaber der bloße Besitz.
3) Macht Kläger, was ihm allein gegen das Retentionsrecht der Verklagten helfen könnte, die Vindication geltend, so ist diese im vorliegenden Falle nicht zulässig, weil es sich um Inhaberpapiere handelt, welche Verklagte redlich durch lästigen Vertrag überkommen hat (Prß. A. L.-R. I. 15, §§ 45—47).*)

*) Oesterr. Civ.-G.-B. § 371.

Digitized by Google

E. Abhandlungen.

XI.

Beitrag zur Gesetzgebung über die Actiengesellschaften.

Von Herrn Hofgerichtsrath Dr. Friedrich Zimmermann in Gießen.

Bei der großen Wichtigkeit der Actiengesellschaften und den neueren Erfahrungen über die Wirksamkeit des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 dürfte ein weiterer Beitrag hierzu nicht als überflüssig erscheinen. Das Reichskanzleramt hatte bereits im April 1873 eine Prüfung und eventuelle Revision der erwähnten Novelle zum Handelsgesetzbuche in Aussicht genommen und die einzelnen Regierungen zu gutachtlichen Aeußerungen hierüber aufgefordert. Dadurch wurden die Gerichte und die Handelskammern amtlich veranlaßt, ihre Erfahrungen mitzutheilen und etwaige Vorschläge wegen Verbesserung der Gesetzgebung zu entwerfen. *) Auch in der Literatur hat der Gegenstand lebhafte Berücksichtigung gefunden. **)

*) Die nachfolgende Abhandlung hat ein amtliches Gutachten vom 21. Juni 1874 zur Grundlage und hat nun mit Rücksicht auf die mittlerweile erschienene Literatur eine Erweiterung erfahren.

**) Zur Reform des Actiengesellschaftswesens. Gutachten von Wiener, Goldschmidt u. Behrend. Leipzig 1874. — Wiener, zur Reform der Actiengesetzgebung. Berlin 1873. — W. Auerbach, das Actienwesen. Frankf. a/M. 1873. — H. Keyßner, die Actiengesellschaften ꝛc. Berlin 1873. — Stey, das deutsche Handelsgesellschaftsrecht 1. Abth. Berlin 1873. — v. Strombeck, ein Votum zur Reform der deutschen Actiengesetzgebung. Berlin 1874. — F. Hecht, die Credit-Institute auf Actien und auf Gegenseitigkeit Bd. 1, Mannheim 1874. — Grünhut in der Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. Recht Bd. 1, S. 79 fg. — Gareis in deutsche Zeit- u. Streitfragen, Jahrg. 3, 1874, Heft 41.

Digitized by Google

§ 1.

Während das Handelsgesetzbuch von der Ansicht ausging, daß Actiengesellschaften nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden dürften, wurde dieses System in der Novelle vom 11. Juni 1870 verlassen, aber doch durch Aufstellung sog. Normativ-Bestimmungen einige Garantie gegen Mißbräuche zu schaffen gesucht. Die nächste Erfahrung zeigte jedoch, daß dessen ungeachtet durch Umgehung des Gesetzes die größten Täuschungen und Nachtheile herbeigeführt wurden. Noch mehr traten aber die Nachtheile des Concessionswesens hervor, wie die Erfahrungen des Jahres 1873 in Oesterreich lehrten *), und man wird daher in keinem Falle zu dem früheren Systeme zurückkehren. Zur Verbesserung der Zustände wurden nun die verschiedensten Vorschläge gemacht. Am weitesten ging der Vorschlag, die Art. 173—249 des H.-G.-Bs. und die Novelle vom 11. Juni 1870 abzuschaffen und die Actiengesellschaften unter das Genossenschaftsrecht zu stellen. **) Andere warnten vor Uebereilung mit Erlaß von einem Nothgesetze und verlangten, daß vorerst die jetzige Aufregung gegen das Getreibe von Actiengesellschaften bis zu einer ruhigen Auffassung und Beurtheilung abgewartet werde. ***) Einzelne Bundes-Regierungen machten auf folgende Punkte besonders aufmerksam:

1) Inwieweit etwa die Stipulirung besonderer Rechte für die Gründer oder ersten Actionäre zu untersagen wäre.
2) Ob nicht ein Verbot der Emission weiterer Actien vor gänzlicher Einzahlung der bereits gezeichneten Actien zweckmäßig wäre.
3) Ob nicht dem Zeichner von Actien eine weitere Haftpflicht für die Einzahlung, als die im Art. 222 des H.-G.-Bs. stipulirte aufzuerlegen wäre.
4) Ob nicht den einzelnen Actionären, oder einer gewissen Zahl

*) Benno Weber, Einige Ursachen der Wiener Krisis vom Jahre 1873. Leipzig 1874. — Schäffle in der Tübinger Zeitschr. für Staatswissenschaft 30. Jahrg. 1874, S. 2 fg.

**) Hirth, Annalen des deutschen Reiches, Jahrg. 1873, S. 614 in dem Antrage der Handels- u. Gewerbekammer zu Chemnitz. — Perrot, Im neuen Reiche 1873, Bd. 2, S. 488.

***) Keyßner a. a. O. S. 3.

Digitized by Google

derselben, weiter gehende Klagerechte gegen Aufsichtsrath und Vorstand einzuräumen wären.

5) Ob nicht eine Aenderung oder gänzliche Aufhebung der im Art. 217, Abs. 2 enthaltenen Bestimmung über Verzinsung der Einzahlungen vor der Fertigstellung des Unternehmens zum vollen Betriebe angezeigt wäre.

6) Ob nicht eine Aenderung der Bestimmungen des Art. 209 b des H.-G.-Bs. im Sinne besserer Sicherung der Actionäre empfehlenswerth wäre.

Insbesondere wurden aber auch von dem Preuß. Handels-Ministerium in einem Erlasse an die Handelskammern folgende wichtigere Punkte hervorgehoben, in welchen schon nach dem zur Zeit vorliegenden Materiale eine Reform der Gesetzgebung über das Actienwesen in Erwägung zu nehmen sein würde, nämlich:

1) Ob und inwieweit etwa der specielle Zweck der Capitals-Vereinigung, der Gegenstand des Unternehmens, Veranlassung biete, je nach der besonderen Natur desselben auch in den Bestimmungen über Gründung, Verwaltung und Geschäftsbetrieb der Actiengesellschaft als solcher Unterscheidungen eintreten zu lassen.

2) Ob nicht die der formellen Errichtung der Actiengesellschaft vorausgehenden Operationen der sog. Gründer und der mit ihnen meist verbundenen ersten Actienzeichner im Interesse der, dieser Gemeinschaft gegenüberstehenden späteren Actionäre einer weiteren, als der bisher gesicherten Publicität und zugleich einer entsprechenden Verantwortlichkeit zu unterwerfen sein würden.

3) Ob in dem Falle, wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen, oder wenn ein Actionär eine auf das Grundcapital anzurechnende, nicht in baarem Gelde bestehende Einlage mache, das Verhältniß der festgesetzten Kauf- oder Illations-Preise zu den darin mit enthaltenen Vortheilen der Gründer und anderer Zwischenpersonen, und, so weit thunlich, auch zu dem reellen Werthe der Objecte für die Prüfung und Beurtheilung Seitens des Publicums zugänglich gemacht werden solle.

Digitized by Google

4) Ob etwa die Gewährung von Zinsen während des zur Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erforderlichen Zeitraums weiterer, als der schon durch Art. 217 des H.-G.-Bs. vorgesehenen Beschränkungen bedürfe.

5) Ob die im Art. 210a besonders unter Nr. 1 vorgeschriebenen Bescheinigungen, (daß der gesammte Betrag des Grundcapitals durch Unterschriften gedeckt sei) durch andere, als die im Art. 249 enthaltenen strafrechtlichen, vielleicht auch durch civilrechtliche Bestimmungen gegen Schein- und Nebenverträge und andere Umgehungen sicher zu stellen sei.

6) Ob das Verbot der Ausgabe von Actien vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages derselben aufrecht zu erhalten und die stricte Durchführung desselben möglichst vorzusehen, oder ob und eventuell in wie weit von diesem Verbote abzugehen sei.

7) Ob es bei den Bestimmungen darüber bewenden solle, daß der Zeichner der Actie für die Einzahlung von nur 40 Proc. des Nominalbetrages unbedingt verhaftet sei, dagegen nach dieser Einzahlung seine Befreiung von weiteren Einzahlungen zugelassen werden könne.

8) Ob etwa die Erhöhung des Grundcapitals mittelst Ausgabe weiterer Actien davon abhängig zu machen sein möchte, daß der Nominalbetrag der Actien erster Emission ganz oder doch zum größten Theile bereits eingezahlt sei.

9) Ob den für den Fall solcher Capitals-Erhöhungen häufig zu Gunsten der Gründer oder ersten Actionäre stipulirten Vorrechte entgegengetreten werden solle.

10) Ob für die Aufnahme von Anleihen beschränkende Bestimmungen vorzuschreiben seien.

11) Ob die über die innere Organisation der Actiengesellschaften disponirenden Bestimmungen überhaupt und insbesondere etwa nach den Richtungen hin einer Abänderung bedürften, daß einerseits die Controle der Geschäftsführung, — sei es mittelst Erweiterung der Verpflichtungen und der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrathes, sei es mittelst Einfügung eines neuen, außer jeder Beziehung zur laufenden Verwal-

Digitized by Google

tung stehenden Organes, — verschärft, — andererseits die Generalversammlung aus der ihr oftmals angewiesenen Rolle eines willenlos dienenden Werkzeuges zu der ihr gebührenden unabhängigen und selbstständigen Stellung erhoben und zu dem Ende vor Allem der Vorschiebung fingirter Actionäre und dem sog. Pachter von Actien vorgebeugt werde.

12) Ob die Stimmbefugniß der als Gesellschaftsorgane thätigen oder der sonst in besonderer Weise bei einem bestimmten Berathungsgegenstande betheiligten Actionäre eingeschränkt werden solle.

13) Ob die Sonderrechte des einzelnen Actionärs oder doch die einer noch nicht die Majorität herstellenden Mehrzahl von Actionären in der Art zu erweitern seien, daß sie einen Schutz gegen willkürliche oder künstlich herbeigeführte Majoritäts-Beschlüsse und gegen gröbere Unregelmäßigkeiten in der Verwaltung gewährten.

Durch diese Aufstellung der hauptsächlich in Betracht kommenden Gesichtspunkte wurde zugleich angedeutet, in welchen Beziehungen nach der Erfahrung Täuschungen und Umgehungen des Gesetzes vorgekommen waren.

§ 2.

Um practische Resultate zu gewinnen, ist es nothwendig, die einzelnen Stadien der Bildung von Actiengesellschaften, deren Organisation und Verwaltung zu betrachten.

A. Vorbereitendes Stadium bis zum Eintrage in das Handelsregister im Allgemeinen.

I. Zunächst entsteht die Frage: ob es zweckmäßig sei, durch das Gesetz festzustellen, daß nur bei dem Zusammentreten einer größeren Zahl von Personen eine Actiengesellschaft gegründet werden könne? Der Zweck der Actiengesellschaften ist im Allgemeinen darauf gerichtet, durch Heranziehen einer größeren Menge von kleineren Capitalien, also durch Betheiligung möglichst vieler Personen bei dem Unternehmen, ein großes Grundcapital zusammenzubringen. Es liegt daher in der Natur der Sache, daß Actiengesellschaften von nur etwa fünf Personen als eine Anomalie erscheinen. Dennoch haben sich solche Gesellschaften gebildet, obgleich es hier viel näher gelegen hätte, eine offene Handelsgesell-

Digitized by Google

schaft oder eine Commanditgesellschaft zu errichten. Aber man wählte gerade die Form der Actiengesellschaft, um sich nach Verwerthung des größeren Theiles der Actien, vor einem größeren Risico zu sichern, und nicht mit dem ganzen Vermögen haften zu müssen. Außerdem erfordert schon die Organisation einer solchen Capital-Corporation mit einem Aufsichtsrathe von mindestens drei Personen, und zum mindesten einem Vorstandsmitgliede zur Vertretung der Actiengesellschaft und zur Führung deren Geschäfte eine größere Anzahl von Personen. Im englischen Rechte wird eine Vereinigung von mindestens sieben Personen verlangt, um eine Actiengesellschaft zu errichten. *) In dem französischen Rechte findet sich eine solche Bestimmung ebenfalls **), desgleichen in dem Belgischen Gesetzentwurfe vom 3. Decbr. 1872, wie er von der Kammer der Repräsentanten bereits angenommen wurde. ***) Eine derartige Bestimmung müßte daher bei der beabsichtigten Revision der Gesetzgebung über Actiengesellschaften aufgenommen werden. Die Zahl 7 dürfte indessen zu gering sein, wenn man die Nothwendigkeit der Bestellung eines Aufsichtsrathes beibehalten will. Vielmehr dürfte es sich empfehlen, die Zahl auf zwölf Personen zu erhöhen. Eine größere Anzahl von Personen gewährt an sich schon eine größere Garantie der Lebensfähigkeit des Unternehmens und eine größere Sicherheit vor groben Täuschungen. Ebenso müßte aber auch consequent das Herabsinken der Actionäre unter die gesetzliche Zahl zur Auflösung der Gesellschaft führen, wenn dieser Zustand nicht ein ganz vorübergehender sein sollte. Im Art. 38 des französischen Gesetzes ist auch bestimmt, daß die Auflösung von jedem Betheiligten verlangt werden könne, wenn seit der Zeit des Herabsinkens der Actionäre unter 7 ein Jahr verflossen sei, was nach dem Belgischen Entwurfe Art. 72 auf den Ablauf von sechs Monaten reducirt ist. Eine ähnliche Bestimmung dürfte sich empfehlen, weil bei der Vereinigung der Actien

*) Gesetz vom 7. Aug. 1862. Wiener a. a. O. S. 11 u. Zur Reform des Actiengesellschaftswesens, S. 6, 58. Strey a. a. O. S. 91, Nr. 8.

**) Abgedruckt im Beilageheft der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht zu Bd. XII, S. 98 fg. Gesetz v. 24. Juli 1867, litre II, Art. 23.

***) Abgedruckt bei W. Auerbach, das Actienwesen, Beilage IV, S. 372 fg. — Section IV, § 2, Art. 28.

Digitized by Google

in zu wenigen Händen von einer genügenden Wirksamkeit der einzelnen Organe der Gesellschaft nicht wohl die Rede sein kann.

II. Hält man daran fest, daß zum mindesten eine bestimmte Anzahl von Personen zur Constituirung einer Actiengesellschaft nothwendig ist, dann müssen alle vorbereitenden Schritte der einzelnen Projectanten, die Einladung zur Theilnahme an einem Unternehmen durch Aufstellung eines Planes (Prospectes) und die Bereiterklärung zum Beitritte als unverbindlich erscheinen. In diesem vorbereitenden Stadium soll sich erst zeigen, ob überhaupt eine zu gründende Actiengesellschaft zu Stande kommen kann. Man darf daher diesen blos provisorischen Handlungen noch keinen bindenden Charakter beilegen. Anpreisungen eines erst zu gründenden Unternehmens haben schon nach allgemeinen Grundsätzen keine bindende Kraft. Der in Aussicht genommene Verein hat kaum die Natur eines Embryos angenommen.

Erst, wenn sich die gesetzliche Zahl von Personen über die wesentlichen Grundlagen des Unternehmens und Statutes geeinigt hat, würde unter diesen ein gegenseitig bindender Vertrag anzunehmen sein, woferne er

III. schriftlich abgefaßt, von allen Theilnehmern unterzeichnet und in beglaubigter Form bei dem Handelsgerichte niedergelegt, oder daselbst aufgenommen wird.

IV. Damit würde wenigstens eine vorläufige feste Grundlage für die weitere Entwickelung bis zur wirklichen Constituirung der Actiengesellschaft gewonnen sein. Der von einer größeren Anzahl von Personen festgestellte Plan mit den Grundlagen des Statutes wäre jetzt erst geeignet, nach vorgängiger Bekanntmachung als Basis für die zur weiteren Actienzeichnung einzuladenden Personen zu dienen. Jene 7 oder 12 Personen würden als ein Consortium erscheinen, welche für die von ihnen ausgehende Offerte zum Beitritte in vollem Umfange den Zeichnern haftbar wären. Von nun an muß unbedingte Oeffentlichkeit aller Handlungen und Verträge zum Zwecke der Constituirung der Actiengesellschaft herrschen. Die Namen der Gründer müßten veröffentlicht werden, und die Einsicht deren Liste und der bisherigen Verhandlungen bei dem Handelsgerichte offen stehen. In gleicher Weise müssen auch diejenigen Personen, bei welchen die Zeichnung zum Beitritte

Digitized by Google

der projectirten Actiengesellschaft offen gelegt wird, für die Wahrheit der Angaben in der Bekanntmachung verantwortlich sein.

V. Ist auf diese Weise die volle Zeichnung des Grundcapitales festgestellt worden, dann muß eine Generalversammlung sämmtlicher Zeichner zusammenberufen und diesen zugleich die Einzahlung von 10 bez. 20 Proc. des Grundcapitales an einen von ihnen zu wählenden Cassirer auferlegt werden. Zugleich wird das Statut in dieser ersten constituirenden Generalversammlung der Zeichner, der ursprünglichen und später hinzugetretenen definitiv festgestellt, wobei die Mehrheit der Stimmen nach Anzahl der gezeichneten Actien entscheidet.

Ueber diese Generalversammlung der Zeichner würde eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen, und deren Gültigkeit dadurch bedingt sein müssen.

In dem Art. 209a der Novelle vom 11. Juni 1870 ist es gestattet, daß die sämmtlichen Actionäre (soll heißen: Zeichner von Actien), welche den Gesellschaftsvertrag untereinander abgeschlossen haben, darin die Erfüllung der Erfordernisse der vollen Zeichnung des Grundcapitales und der geschehenen Einzahlung anerkennen. Dies hat aber zu den gröbsten Scheinhandlungen geführt. Die sog. Gründer bescheinigten sich gegenseitig alles Mögliche und erkannten an, daß Alles in vortrefflicher Ordnung sich befinde, ohne daß dieses, insbesondere die Einzahlung der ersten Quote in der Wirklichkeit stattgefunden hatte.

Eine ähnliche Bestimmung findet sich im Art. 209b, Abs. 2 für den Fall einer nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage und der Uebernahme von Anlagen oder Vermögensstücken zu einem bestimmten Werthe.

Da der Handelsrichter keine inquisitorischen Handlungen vorzunehmen hat, so läßt sich gegen die Anerkennung der erwähnten Erfordernisse an sich nichts einwenden, allein es dürfte geboten sein, dieselbe an eine größere Anzahl der Actionäre, oder an die später erst zusammentretende Generalversammlung der Actienzeichner zu knüpfen. Wird im Gesetze ausgesprochen, daß zum mindesten 7 bez. 12 Personen zur Bildung einer Actiengesellschaft erforderlich sind, und diese bei dem Handelsgerichte angemeldet werden müssen, dann läßt sich der Werth jener Anerkennung der

Digitized by Google

Zeichnung des gesammten Actiencapitales, sowie dessen theilweiser Einzahlung schon eher nach Maßgabe des Vertrauens in diese Personen beurtheilen. Wollen aber die 7 bez. 12 Personen erst das Hinzutreten von weiteren Zeichnern herbeiführen, dann darf jene Anerkennung erst in der constituirenden Generalversammlung erfolgen, in welcher sich die hinzutretenden Zeichner von der Richtigkeit der betreffenden Thatsachen überzeugen können.

Ist das vorbereitende Verfahren so weit gediehen, ist ferner der Vorstand und der Aufsichtsrath gewählt worden, alsdann ist erst die Anmeldung der Actiengesellschaft als solcher bei dem Handelsgerichte zuzulassen. Um einer Uebereilung vorzubeugen und eine genauere Prüfung des ganzen Unternehmens zu ermöglichen, ist es zweckmäßig, zu bestimmen, daß die constituirende Generalversammlung der Actienzeichner erst nach drei Monaten etwa vom Schlusse der Zeichnung an abgehalten werden dürfe. In dem Belgischen Entwurfe Art. 30 ist vorgeschrieben, daß die Zeichner zu einer binnen drei Monaten abzuhaltenden Generalversammlung zusammen zu berufen seien, um die definitive Constituirung der Gesellschaft zu beschließen.

Es fragt sich nun, ob der Art. 210a der Novelle ausreichend ist, um das Handelsgericht in den Stand zu setzen, seine im Wesentlichen nur beurkundende Function zu erfüllen.

1) Es wird die Bescheinigung gefordert, daß der gesammte Betrag des Grundcapitales durch Unterschriften gedeckt sei. Wer diese Bescheinigung zu ertheilen habe, ist nicht angegeben, und da die Anmeldung von dem Vorstande zu geschehen hat, so könnte angenommen werden, daß dessen Erklärung hierüber als genügende Bescheinigung anzusehen sei (Art. 249, Abs. 1). Es dürfte sich daher empfehlen, ähnlich wie in dem Belgischen Entwurfe Art. 31, vorzuschreiben, daß ein authentischer Act über die Liste der Zeichner mit Angabe der gezeichneten Summen vorzulegen sei; welche Liste dann bei dem Handelsgerichte aufzubewahren und den Interessenten zur Einsicht vorzulegen wäre. *)

*) Puchelt, Commentar zum Handelsgesetzbuch zu Art. 210a, S. 392, zu A. 3, empfiehlt gleichfalls große Vorsicht und ist der Ansicht, daß sich das Handelsgericht mit der Feststellung durch die Actionäre nach Art. 209a nicht begnügen dürfe, was aber aus dem Gesetze nach Nr. 4 nicht hervorgeht, in

Digitized by Google

2) Noch mißlicher ist es mit der Bescheinigung, daß mindestens ein Theil des von jedem Actionär gezeichneten Betrages eingezahlt sei. Man hat zu diesem Behufe zu dem einfachen Mittel gegriffen, die betreffende Summe gegen Provision auf eine Stunde von einem Banquierhause zu entleihen, um sie dem Handelsgerichte ad oculos vorzulegen. Wer und was giebt also hier dem Richter die Garantie, daß wirklich die Einzahlung auch erfolgt, oder wenn sie erfolgt, nicht sofort wieder zurückerstattet worden ist? Im Art. 249 unter 1) ist zwar den Mitgliedern des Vorstandes eine Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten angedroht, wenn sie vorsätzlich Behufs der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Grundcapitales machen und diese Strafe ist auch den Mitgliedern des Aufsichtsrathes angedroht, obgleich diese nach Art. 210a Schlußsatz mit der Anmeldung gar nichts zu schaffen haben, — allein diese Strafandrohung dürfte schwerlich genügen. Nach dem Belgischen Entwurfe Art. 131 werden auch die einzelnen Zeichner, welche Zeichnungen oder Einzahlungen simulirt, oder an der Publication derartiger Simulationen Theil genommen haben, mit der Strafe des Betruges bedroht. Eine solche Strafdrohung dürfte zweckmäßig sein, indem doch selbstverständlich zunächst diejenigen als strafbar erscheinen, von welchen die ursprünglichen falschen Angaben in ihrem Interesse herrühren.

3) Bekanntlich ist der meiste Unfug bei den auf das Grundcapital anzurechnenden Einlagen, oder bei der Uebernahme von Anlagen oder sonstigen Vermögensstücken durch die erst zu errichtende Gesellschaft, getrieben worden (Art. 209b). Man hat deshalb die Vorschrift vorgeschlagen, in den Prospecten die früheren Preise der betreffenden Anlagen anzugeben und die desfallsigen Verträge vorzulegen. Allein dies wird durch fingirte Verträge leicht zu umgehen sein. Die Interessenten mögen selbst den Werth prüfen, was am einfachsten durch zu wählende Taxatoren oder Revisionscommissionen geschieht. Ist darüber in den Statuten

dem sich danach das Gericht mit der Urkunde über die Beschlüsse der Generalversammlung zu begnügen hat.

Digitized by Google

nichts bestimmt, so müßte einer gewissen Anzahl von Zeichnern gestattet sein, auf Bestellung und Beeidigung von Taxatoren bei dem Handelsgerichte anzutragen. Wenn auch die Staatsverwaltung nicht direct bei der Bildung von Actiengesellschaften einzugreifen hat, so steht doch nichts im Wege, den hülfsbedürftigen Zeichnern, wenn sie darauf antragen, in dieser, die Freiheit der Vertragschließung nicht beeinträchtigenden Weise den erbetenen Beistand zu leisten, was ganz im Geiste und der Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt. Nach Art. 209b soll für die Regel ein definitiver Beschluß hierüber erst in einer constituirenden Generalversammlung der Zeichner erfolgen dürfen. Diese dürfte aber auch hier erst nach Verlauf einer bestimmten Zeit, etwa nach drei Monaten nach der Zeichnung des Grundcapitales abgehalten werden, und ganz ausdrücklich der Gegenstand der Beschlußfassung in der Bekanntmachung angegeben werden müssen.

4) In ähnlicher Weise würde auch in dem Falle die erst in drei Monaten zusammenzuberufende Generalversammlung darüber zu beschließen haben, ob die zu Gunsten eines Zeichners (oder ursprünglichen Actionärs) stipulirten Vortheile definitive Geltung erhalten sollen. Dabei würde aber ein im Voraus gemachter Vorbehalt von Stellen als Directoren oder im Aufsichtsrathe oder sonstigen Beamtenstellen der Gesellschaft gänzlich ausgeschlossen sein und für ungültig erklärt werden müssen. Zugleich versteht sich von selbst, daß diejenigen, denen besondere Vortheile zugedacht sind, sich des Stimmrechtes zu enthalten hätten.

Die Ausnahme im Art. 209b, 2. Satz, daß es der definitiven Beschlußfassung über derartige Verträge durch die constituirende Generalversammlung nicht bedürfe, wenn der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Actionären abgeschlossen sei, — müßte wohl bei einer Revision des Gesetzes wieder gestrichen werden. Es handelt sich hier nicht von einer Anerkennung einer Thatsache, wie in dem Falle des Art. 209a, sondern von einer, nach der Erfahrung meist sehr drückenden, Last der erst zu constituirenden Gesellschaft. Es ist dabei in der Regel auf Gewinnung weiterer Actionäre abgesehen, und es darf einzelnen Actionären in geringer Anzahl nicht überlassen werden, hier der eigentlich erst noch zu constituirenden Gesellschaft vorzugreifen, und

Digitized by Google

diese durch willkürliche, nur scheinbare Verlegung der Bildung der Gesellschaft in ein früheres Stadium, zu bevormunden.*)

§ 3.

B. Ehe die Anmeldung der Actiengesellschaft zum Zwecke deren Eintragung in das Handelsregister erfolgen kann, ist es weiter nothwendig, daß die Gesellschaft die erforderlichen Organe zur Lebensäußerung erhalten hat. Es muß daher ein Vorstand

*) Es dürfte wohl von Interesse sein, hier die Ansicht des Großh. Hess. Justiz-Ministeriums mitzutheilen, welche dasselbe nach Einholung der Gutachten der höheren Gerichte, bez. des Generalstaats-Procurators zu Mainz in einem Erlasse vom 10. Oct 1873 ausgesprochen hat. Aus den Berichten ergab sich, daß seit dem Bestehen des Ges. v. 11. Juni 1870 im Großh. Hessen sich nur eilf Actiengesellschaften neu gegründet und nur bei sechs früher bestandenen Statutenänderungen vorgenommen wurden, daß ferner nur eine Commanditgesellschaft auf Actien entstanden war. Nachtheilige Wirkungen des Gesetzes oder Umgehung der Vorschriften oder Absichten desselben zum Nachtheile des Publicums waren nicht vorgekommen. — Das Ministerium erklärte nun im Allgemeinen, daß es ein Verlassen des Principes der freien Bildung von Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien in keiner Weise gerechtfertigt halte und den Grund zu den vorgekommenen bedauerlichen Erscheinungen weit mehr in gesetzlich nicht zu beseitigenden Neigungen und Schwächen der menschlichen Natur und in vorübergehenden Verhältnissen, als in Lücken der Gesetzgebung finde. — In erster Linie scheine eine Ergänzung der Gesetzgebung in der Richtung und zu dem Zwecke, dem Unwesen des Gründerthums zu steuern, nothwendig und möglich zu sein. Es handle sich hierbei darum, den bekannten Manipulationen zwischen Gründern, Zeichnern und erster Generalversammlung, welche vorzugsweise zur Täuschung und Benachtheiligung des Publicums beigetragen, thunlichst zu begegnen. Als Mittel hierzu dürfte sich empfehlen:

a) die Vorschrift, daß die Gründer und ersten Zeichner der Actien, bez. diejenigen, welche den Gründungsvertrag abschlössen, in einem von ihnen zu unterzeichnenden gerichtlich zu hinterlegenden und sonst geeignet zu publicirenden Prospecte wahrheitsgemäß alle für das Unternehmen wesentlichen Angaben, insbesondere über alle, nicht in Geld erfolgenden Einlagen und Gründervortheile oder Vorrechte niederzulegen, und solidarisch für die Richtigkeit und Vollständigkeit, insbesondere für dolose und schwere culpose Auslassungen, Verdeckungen und Fehler unter Sammthaft einzustehen hätten, bei erwiesen betrügerischer Absicht sogar zur Strafe gezogen werden könnten,

b) daß diejenige Generalversammlung, welche in den angegebenen Richtungen ihre Genehmigung ertheile, nicht vor Ablauf einer bestimmten, etwa halbjährigen Frist nach dem Eintrage der Gesellschaft in das Handelsregister stattfinden dürfe.

Digitized by Google

und ein Aufsichtsrath als controlirende Behörde dem Vorstande gegenüber bestellt worden sein.

I. Der Vorstand (das Directorium) ist der natürlichen Stellung zur Gesammtheit der Actionäre nach dasjenige Organ, welchem die eigentliche Leitung des Geschäftes zukommt. Er vertritt die Gesellschaft nach Außen und ist daher unentbehrlich.

II. Dagegen ist die erst durch die Novelle eingeführte Bestellung eines Aufsichtsrathes (Verwaltungsrathes) an sich nicht nothwendig. Man hatte hierbei die Idee, daß der Aufsichtsrath die weggefallene Staatsaufsicht ersetzen könne. Nach der Praxis der Statuten hat sich aber das Verhältniß so gestaltet, daß dem Verwaltungsrathe die Leitung des Geschäftes unter Verdrängung der Generalversammlung zugewiesen wird. Namentlich ist demselben häufig die Befugniß eingeräumt:

1) das Grundcapital zu erhöhen und den Emissionscours der vor vollständiger Einzahlung der ursprünglichen Actien auszugebenden sog. jungen Actien zu bestimmen;
2) über den Reservefond zu verfügen, namentlich in der Weise, daß derselbe wieder in dem Unternehmen selbst verwendet werden solle;
3) die Directoren zu ernennen.

Die Schwerfälligkeit, mit welcher die Generalversammlung operirt, mag das Bedürfniß fühlbar gemacht haben, einen stellvertretenden Ausschuß zu schaffen, welcher in wichtigeren Fragen der Verwaltung zu entscheiden hat. Allein man darf denselben alsdann nicht mit einer die Verwaltung controlirenden Behörde der Gesellschaft verschmelzen. Ein Ausschuß als Stellvertretung der Generalversammlung für eilende Fälle und unter Verpflichtung, die alsbaldige Genehmigung der Generalversammlung einzuholen, sowie eine rein controlirende Behörde erscheinen darnach für größere Actiengesellschaften allerdings sehr zweckmäßig, allein nicht absolut nothwendig, und man sollte deshalb deren Bestellung den Statuten überlassen.

Will man aber einen Aufsichtsrath in der bisherigen gesetzlichen Weise festhalten, alsdann würde

1) schon aus der Zahl von drei Mitgliedern aus der Reihe der Actionäre mit Nothwendigkeit folgen, daß das Gesetz

Digitized by Google

auch eine Minimalzahl der Actionäre überhaupt, wie oben vorgeschlagen, festsetzen müßte. Denn es hätte, wenn z. B. die Actiengesellschaft nur aus fünf Actionären bestünde, die Aufstellung einer controlirenden Behörde von drei Actionären offenbar keinen rechten Sinn.

2) Es müßte untersagt werden, dem Aufsichtsrathe irgend eine andere Function zu übertragen, als die einer die Verwaltung controlirenden Behörde, unter Festhaltung des Art. 225a der Novelle.

3) Wenn auch ein stellvertretender Ausschuß der Generalversammlung nothwendig aus Actionären bestehen muß, so würde dies bei einer rein controlirenden Behörde eben so wenig als nothwendig erscheinen, wie bei dem Vorstande nach Art. 227, Abs. 2 des H.-G.-Bs.

4) Der Aufsichtsrath wird sehr häufig durch Personen gebildet, welche gar nicht einmal am Sitze der Actiengesellschaft wohnen, sondern auf große Entfernungen zerstreut sind. Wie ist hier eine nur einigermaßen wirksame und eingehende Controle möglich? Die Stellen des Aufsichtsrathes sollen keine Sinecuren sein, die durch Bezüge von Tantièmen und Präsenzkarten kostspieliger und oft ganz nutzloser Ballast werden.

5) Es müßte bestimmt werden, daß der Aufsichtsrath statt auf fünf Jahre nach Art. 225 nur auf etwa drei Jahre zu wählen sei und jederzeit von der Generalversammlung abgesetzt werden könne. Nach dem jetzigen Zustande beherrscht der Aufsichtsrath die Generalversammlung, während dieses Verhältniß nothwendig ein umgekehrtes sein muß. Freilich würde in diesem Falle auch der Schlußsatz des Art. 227 des H.-G.-Bs. anwendbar sein, daß der Widerruf nur unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen geschehen könne, welche nach richterlichem Ermessen unter freier Prüfung der Thatumstände und Beweise festzustellen wären.

6) In den Statuten kommt meist die Bestimmung vor, daß nicht wählbar sei:

   a) wer nicht im vollen Genusse der staatsbürgerlichen Rechte ist,

Digitized by Google

b) wer zugleich anderen Actiengesellschaften ähnlicher Art angehört. Diese Bestimmungen sind zweckmäßig und dürften daher im Gesetze aufzunehmen sein, ad b. mit der etwaigen Beschränkung, daß es unverträglich sei, zu gleicher Zeit als Vorstandsmitglied oder Aufsichtsrath oder Beamter einer anderen Actiengesellschaft, oder von einer solchen gleicher Art zu fungiren. Dies dürfte höchstens nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Generalversammlung zulässig sein.*)

7) Da nach Art. 225a der Aufsichtsrath die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Actionäre Bericht zu erstatten hat, so wird vorausgesetzt, daß er nur aus völlig geschäftskundigen Personen zusammen gesetzt werden sollte. In vielen Statuten ist deshalb bestimmt, daß besondere Rechnungsrevisoren dazu bestellt werden sollen. Es dürfte zweckmäßig sein, den Aufsichtsrath durch das Gesetz zu ermächtigen, derartige Revisoren, welche nicht Actionäre zu sein brauchen, zu cooptiren, oder bei dem Handelsgerichte den Antrag zu deren Zuziehung und Beeidigung zu stellen.**)

III. Die Generalversammlung ist ohne Zweifel ihrer natürlichen Stellung nach das wichtigste Organ der Actiengesellschaft; allein es ist kaum möglich, hier durch das Gesetz die vis inertiae bei den einzelnen Actionären zu überwinden. Jedenfalls muß aber durch das Gesetz wenigstens jedes Hinderniß entfernt werden, welches die Generalversammlung nicht zur gehörigen Geltung kommen läßt. Verkennen dann die einzelnen Actionäre die ihnen

*) Wie verderblich eine solche Vereinigung sein könne, zeigte sich besonders bei dem Wiener Bankvereine und der Wiener Bodencredit-Anstalt; vgl. Schäffle a. a. O. S. 62, 63.

**) Das Großh. Hess. Justiz-Ministerium hat sich in dieser Richtung dahin ausgesprochen, daß Vorschriften wünschenswerth seien, welche den Aufsichtsrath widerruflich machen, demselben jede Theilnahme an der Geschäftsführung untersagen, ihn lediglich auf Controlirung der Thätigkeit des Vorstandes beschränken, und keine Bestimmungen in den Statuten zulassen, welche sonst nur der Generalversammlung zustehende Befugnisse auf ihn übertragen.

Digitized by Google

dargebotene Gelegenheit, ihre Interessen gehörig zu wahren, so ist dies ihre eigene Schuld, sie erhalten durch ihre Betheiligung bei der Generalversammlung auf die einfachste Weise die Möglichkeit, sich selbst von der Art der Verwaltung, und dem Stande des Geschäftes zu unterrichten, auf Entfernung nachtheiliger Einflüsse einzuwirken und die definitive Entscheidung für die wichtigsten Angelegenheiten der Gesellschaft zu ertheilen.

1) Vor Allem muß daher jedem einzelnen Actionär ein Stimmrecht gewährt sein; es ist in sich widersprechend, wenn nach den meisten Statuten der Besitz einer Anzahl von Actien erfordert wird, um das Stimmrecht ausüben zu dürfen. Jeder einzelne Actionär ist Mitglied der Actiengesellschaft, es darf ihm daher, da er seine Rechte im Wesentlichen nur durch die Gesammtheit der Actionäre in der Generalversammlung ausüben kann (Art. 224) die Möglichkeit der Ausübung dieses Rechtes nicht entzogen werden. Man hat wohl dagegen geltend gemacht, daß man bei sehr großen Actiengesellschaften nicht genügende Räume zu der Aufnahme der Actionäre würde finden können, wenn man jedem Besitzer einer einzelnen Actie den Zutritt gestatten wollte. Von solchen Aeußerlichkeiten darf aber die Ausübung eines zustehenden Rechtes nicht abhängig gemacht werden, und dann dürfte die Gefahr keineswegs so groß sein. Das Handelsgesetzbuch erkennt dieses Recht der Actionäre auch an sich an (Art. 224 a. E.), es schwächt dasselbe aber durch die Zulassung einer abändernden Bestimmung in dem Gesellschaftsvertrage wieder ab, und würde daher dieser Satz zu streichen sein.

2) Auf der andern Seite läßt es sich aber sehr wohl rechtfertigen, daß ein Maximum der Stimmen durch die Statuten, wie dies auch meist geschieht, festgestellt werde. Der Erdrückung und völligen Niederhaltung des kleinen Actienbesitzes muß dadurch vorgebeugt werden.

3) Ferner muß dafür gesorgt werden, daß diese Bestimmungen nicht durch bloßes Beleihen von Nichtactionären mit Actien umgangen und fremde, von einzelnen Actionären abhängige Personen in die Generalversammlung eingeführt werden. Nur der eigenthümliche Besitz der Actien gewährt das Stimmrecht. Es steht daher nichts im Wege, durch geeignete Strafandrohungen diesem

Digitized by Google

offenbaren Betruge in analoger Anwendung von § 108 u. 109 des Strafgesetzbuchs zu steuern.

Dadurch würde indessen die ausdrückliche Bevollmächtigung einzelner Actionäre durch andere nicht ausgeschlossen sein, weil dadurch keine fremden Personen als Actionäre eingeschmuggelt würden und das Verhältniß unter denselben offen zu Tage läge.

4) Gewöhnlich werden in der Generalversammlung sog. Scrutatoren erwählt, um die Legitimationen zu prüfen und das Stimmenverhältniß festzustellen. Dies ist an sich sehr zweckmäßig, allein diese Wahl müßte jedesmal für die folgende Generalversammlung im Voraus geschehen und den Scrutatoren etwa drei Tage vor der Versammlung die Documente vorgelegt werden, damit sie die genügende Zeit zur Prüfung gewännen.

5) Zur gehörigen Beurkundung der angedeuteten Verhältnisse, sowie der Liste der erschienenen Actionäre und des Inhaltes der Beschlüsse würde eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen sein. Eine Unterzeichnung des Protocolles durch sämmtliche erschienenen Actionäre würde zu umständlich sein, die etwaige Verweigerung oder Unterlassung einer Unterschrift könnte zu Weiterungen über die Glaubhaftigkeit des Protocolles führen.*) Will man daher jene amtliche Beurkundung nicht vorschreiben, so dürfte es angemessen sein, die Beurkundung durch wenigstens zwei gewählte Actionäre vornehmen zu lassen.

6) Der Vorsitz in der Generalversammlung gebührt bei deren Eröffnung dem Director (ersten Vorstandsgliede) bis zur Wahl eines Präsidenten durch die Versammlung selbst. Jedenfalls muß den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrathes, sowie den einzelnen Actionären die Ausübung des Stimmrechtes bei solchen Gegenständen untersagt sein, bei welchen deren besonderes Interesse mit in Frage kommt.**)

---

*) Keyßner im Archive des Handels- u. Wechselrechts von Busch, N. F. Bd. II, S. 37 ff.

**) In dem obigen Erlasse hat das Hess. Justiz-Ministerium solche Vorschriften für wünschenswerth erklärt:

a) welche die Zusammensetzung der Generalversammlung nur aus Actionären gewährleisten, und unter Strafe das Beleihen mit Actien oder deren scheinweise Uebertragung untersagen;

Digitized by Google

§ 4.

C. Ehe der Eintrag der Actiengesellschaften in das Handelsregister erfolgen darf, muß weiter nach Art. 209, Nr. 4 u. 5 die Höhe des Grundcapitales, ferner der Betrag der einzelnen Actien und die Eigenschaft der letzteren als Namen- oder Inhaberactien festgestellt worden sein. Damit hängen folgende Fragen zusammen:

I. Ob es gestattet sein könne, die Actien zu einem geringeren Betrage, als dem Nominalbetrage, also unter pari zu emittiren? Der Art. 222, Nr. 1 setzt voraus, daß der ganze Nominalbetrag der Inhaberactien eingezahlt sein müsse, ehe nur die Ausgabe der Actienscheine erfolgen dürfe, und danach würde die Emission unter pari ausgeschlossen sein. Sie enthält eigentlich eine Herabsetzung des Grundcapitales und müßte daher in der Generalversammlung beschlossen und gehörig veröffentlicht werden. Eine solche kommt übrigens nur ausnahmsweise vor, besonders bei Eisenbahn-Actiengesellschaften in Folge besonderer Concession. Will man diese Ausnahme zulassen*), dann müßte dies wenigstens im Gesetze hervorgehoben werden.

II. Der Art. 222, Nr. 2 u. 3 bedarf wohl ohne Zweifel einer Umänderung. Danach sollen die Zeichner von Inhaberactien zwar für die Einzahlung von 40 Proc. des Nominalbetrages der Actie zwar unbedingt verhaftet sein, dagegen von einer weiteren Haftung durch den Gesellschaftsvertrag entbunden werden dürfen. Eine solche Liberirung widerspricht aber dem Inhalte der durch die Zeichnung übernommenen Verbindlichkeit und dient besonders dazu, die Agiotage zu fördern. Dies trifft in noch höherem Maße ein, wenn nach Landesgesetzen die Einzahlung von geringeren Procenten, als 40, gestattet ist. Wenn der Zeichner liberirt und nun Interimsscheine auf den Inhaber ausgestellt werden, so ist

---

b) ferner solche, die jedem Actionär wenigstens Eine Stimme garantiren und gegentheilige Festsetzungen in den Statuten verbieten;

c) welche den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrathes bei Beschluß-Fassungen, die ihr besonderes Interesse berühren, jedes Mitwirkungs- und Stimmrecht in der Generalversammlung entziehen;

d) eine Vorschrift über authentische Beurkundung aller Beschlüsse der Generalversammlung.

*) Vgl. Strey a. a. O. S. 330, Nr. 31.

Digitized by Google

Niemand vorhanden, an welchen sich die Gesellschaft, bez. deren Gläubiger wegen des Restes von 60 Proc. direct halten könnten. Indirect liegt allerdings ein Nöthigungsmittel in der Verlustigerklärung der Actie und dem Verkaufe der verfallenen Actien. Allein dieses Auskunftsmittel reicht nicht aus, wenn die Actien nicht verkäuflich sind, oder nur mit Verlust veräußert werden können. Man hat zwar gerade daraus einen Grund für Beibehaltung der gesetzlichen Bestimmung entnommen, indem man erklärte, daß eine solche Gesellschaft, welche aus dem Verkaufe der Actien nicht noch 50 bis 60 Proc. ihres Nominalwerthes erlöse, sich von Anfang an keines allzugroßen Credites erfreuen werde.*) Um so mehr muß aber an der vollen Haftung des Zeichners für den ganzen Nominalbetrag festgehalten werden, da eine Gesellschaft ihren Credit befestigen und wiedererlangen kann, wenn sie mit Sicherheit auf die volle Einzahlung des ganzen Nominalbetrages rechnen darf. Solide und zahlungsfähige Zeichner werden nicht dahin zu wirken suchen, daß sie von ihrer einmal übernommenen Verpflichtung loskommen, wohl aber wird dies von solchen Zeichnern geschehen, die kein Interesse an dem Unternehmen selbst haben, sondern deren Streben nur darauf gerichtet ist, rasch einen Gewinn zu ziehen, um alsdann der Gesellschaft den Rücken zu kehren und das nämliche Manöver bei Gründung neuer Actienvereine zu versuchen.

Man wird hiernach diese inconsequente Bestimmung, welche aus dem französischen Rechte adoptirt wurde, wieder entfernen müssen. Am einfachsten ist hierin das englische Recht, welches die Umwandlung der Actien in Inhaberactien erst nach Zahlung des vollen Nominalbetrages gestattet.**)

III. Ein streitiger Punkt ist es auch, ob Art. 217, Abs. 2 in Bezug auf die den Actionären zu gestattenden Zinsen sich rechtfertigen lasse? Die Freilassung des Ausbedingens von Zinsen während der Vorbereitungszeit des Unternehmens läuft allerdings auf eine Schmälerung des Grundcapitales hinaus; und es könnten

*) Zur Reform ꝛc. (Wiener) S. 19.

**) Vgl. Arnaud, das Recht der Actiengesellschaften, S. 638 ff. — Zur Reform des Act.-Ges.-Wesens (Goldschmidt) S. 34. — Strey a. a. O. S. 341, unter Nr. 12.

Digitized by Google

dadurch möglicher Weise Actionäre zu unsoliden Unternehmungen angelockt werden. Auf der andern Seite ist aber auch zu berücksichtigen, daß eine Erleichterung für die Heranziehung einer großen Menge von Capitalien zu bedeutenden Unternehmungen, wie z. B Eisenbahnbauten nicht wohl ausgeschlossen werden darf, und es würde daher nur zu bestimmen sein, daß derartige Zinsen nicht die Höhe von etwa 3 Proc. übersteigen dürften.*)

IV. Die Emission neuer Actien vor der vollständigen Einzahlung des Nominalbetrages der ursprünglichen Actien müßte als unstatthaft verboten werden. Dieselbe hat an sich keine Berechtigung, weil bei dem Bedürfnisse weiterer Einzahlungen die Einziehung des rückständigen Betrages der ursprünglichen Actien das nahe liegendste Mittel darbietet und die Emission der s. g. jungen Actien nur zur Agiotage und Realisirung vorbehaltener Vortheile der Gründer dient. Es liegt darin nur eine unmotivirte Erhöhung des Grundkapitales. Das dagegen erhobene Bedenken, daß es sehr wohl auch Fälle geben könne, in welchen dieses Verfahren gerechtfertigt erscheine**), wobei man daran denkt***), daß das Grundkapital zu niedrig bemessen sei, und man nun den günstigen Markt zur Ausgabe weiterer Actien nicht benutzen dürfe, möchte nicht durchschlagend sein, da sich der Gesetzgeber zunächst an die nach der Erfahrung gewöhnlich vorkommenden Fälle zu halten hat, und die angedeuteten nur selten vorkommen können, wenn bei Festsetzung der Höhe des Grundkapitales mit Umsicht verfahren worden ist. Will man sich daher nicht zu einem Verbot entschließen, so müßte eine solche Maßregel doch der General-Versammlung überlassen und die Gültigkeit der Maßregel daher an deren Zustimmung geknüpft werden.

V. Ebenso ist die Aufnahme von Prioritäts-Anlehen eine so wichtige Belastung des Gesellschafts-Vermögens, daß dieselbe nur in Folge eines Beschlusses der General-Versammlung zulässig sein dürfte. Allein ein Verbot einer solchen Capital-Aufnahme vor völliger Einzahlung des Grundkapitales läßt sich wohl nicht recht-

*) Vgl. Strey a. a. O. S. 339, Nr. 8.

**) Behrend, Zur Reform des Actiengesellschaftswesens, S. 81.

***) Keyßner a. a. O. S. 205.

Digitized by Google

fertigen, weil der noch einzuzahlende Betrag dem absoluten Bedürfnisse nicht genügend entsprechen kann, und daher möglicher Weise Verlegenheiten entstehen könnten. Auf der anderen Seite wird allerdings erst durch die Einzahlung des ganzen Grundkapitales die Sicherheit für die Darleiher hergestellt, und es kann dadurch das Verbot der Emission neuer Actien vor Einzahlung der ursprünglichen indirect umgangen werden; allein dennoch wird hier durch ein gesetzliches Verbot die freie Bewegung der Actien-Gesellschaften nicht zu beschränken sein. *)

VI. Durch die Bestimmung des art. 215 a. E., wonach die Act.-Gesellschaft eigene Actien nicht erwerben darf, sollte die Speculation in denselben verhütet werden. Allerdings ist eine solche Speculation unter Umständen sehr gefährlich, indem dadurch die Mittel der Gesellschaft dem eigentlichen Zwecke des Unternehmens entzogen, durch willkürliche Ankäufe um hohen Cours eine Täuschung in Bezug auf den reellen Werth der Actien erzeugt, und darauf gebaute hohe Dividenden, die sich nur auf einen fictiven Werth des Gesellschafts-Vermögens stützen, herausgebracht werden. Werden die eigenen Actien als Reservefond angelegt, so können dadurch möglicher Weise die Gläubiger der Gesellschaft getäuscht werden, indem statt realer Zahlungsmittel vielleicht nur werthlose Actien vorhanden sind. Ebenso kann dadurch bei noch nicht voll eingezahlten, aber liberirten Actien zum Nachtheile der Gläubiger die Zahl der beitragpflichtigen Actien vermindert werden. Indessen ist ein allgemeines Verbot auf der andern Seite wieder zu weit gehend. Nach dem Wortlaute des Verbotes würde auch der Erwerb eigener Actien in Folge lucrativen Titels, oder an Zahlungsstatt bei dem Mangel sonstiger Befriedigungs-Mittel auf Seiten der Gesellschafts-Schuldner ausgeschlossen sein, was aber sicherlich nicht im Interesse der Actien-Gesellschaft liegen würde. Dagegen erscheint es als unstatthaft, den Erwerb eigener Actien oder deren Amortisirung unter den Gesichtspunkt der theilweisen Zurückzahlung des

*) Das Großh. Hess. Justiz-Ministerium ist ad II. u. III. der Meinung, daß jede Emission neuer Actien und jede Aufnahme von Prioritäts-Anleihen vor Volleinzahlung des im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Actiencapitales zu untersagen sei.

Digitized by Google

Grundkapitales zu bringen (art. 248) um auf diese Weise das Verbot zu umgehen. *)

Man hat daher eine Modification des Verbotes vorgeschlagen. So im österreichischen Entwurfe von 1873: **) Die Actien-Gesellschaft darf eigene Actien oder Actienantheile (Promessen, Interimsscheine) nicht erwerben, oder als Pfand annehmen, ausgenommen 1, zur Tilgung des Grundcapitales nach dem Gesellschaftsvertrage 2, wenn und insoweit eine solche Erwerbung im Executionswege zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft geschieht; 3, wenn und insoweit dieselbe mit dem Betriebe eines zum Gegenstande des Unternehmens gehörigen Wechslergeschäftes nothwendig ist.

Im französischen und englischen Rechte befindet sich keine desfallsige Bestimmung und im belgischen Entwurfe ist im art. 117 den Liquidatoren, jedoch nur nach vorgängigem Beschlusse der Generalversammlung der Verkauf eigener Actien gestattet.

Da das Verbot einmal besteht, und zugleich im Interesse der Gläubiger erlassen ist, möchte es bedenklich sein, dasselbe wieder aufzuheben. Dagegen empfiehlt es sich, die oben hervorgehobenen Modificationen eintreten zu lassen, welchen etwa noch beizufügen wäre, daß der Erwerb eigener Actien nach vorgängigem Beschlusse der Generalversammlung allgemein zulässig sei.

§ 5.

D: Wenn in dem Statute über alle diese Normen, sowie die weiter im art 209 aufgeführten die erforderlichen Bestimmungen getroffen und diese allseitig genehmigt worden sind, alsdann erst kann dasselbe mit dem nach art 210a erforderlichen Bescheinigungen, Nachweisen und Urkunden dem Handelsgerichte zum Zwecke der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Wenn auch der Handelsregisterrichter im Wesentlichen nur eine beurkundende Stellung hat, so kann er doch verlangen, daß ihm volle Ueberzeugung über die Wahrheit und Vollständigkeit der Anmeldung gewährt werde. Ist daher nach dem Gegenstande des Unter-

*) Vgl. Auerbach im Archive von Busch N. F. Bd. V, S. 69 fg., gegen eine mitgetheilte Entsch. des Appell.-Ger. zu Frankfurt a/M. — Geiger, bid. S. 10 fg. A. M. ist Krämel ibid. Bd. 4, S. 12 fg.

**) Vgl. Keyßner a. a. O. S. 217 in Note 1.

Digitized by Google

nehmens noch eine besondere staatliche Genehmigung erforderlich, in welcher Beziehung nach §. 3 der Novelle an den landesgesetzlichen Vorschriften nichts geändert worden ist, also z. B. bei Eisenbahnactiengesellschaften und Zettelbanken, — so hat der Richter vor Allem die Beibringung der Concessions-Urkunde, oder einer Bescheinigung der betreffenden Verwaltungsbehörde, daß eine Concession nicht erforderlich sei, zu verlangen. Eine Collision zwischen der richterlichen und Verwaltungsbehörde kann dabei nicht entstehen. Der Registerrichter ist hierbei an die Entschließung der Verwaltungsbehörde im Falle eintretender Meinungsverschiedenheit gebunden, er ist in dieser Beziehung nicht unabhängig*), weil er sonst in die Competenz der Verwaltungsbehörde eingreifen würde. Er wird daher im Zweifel, ob vorerst staatliche Genehmigung erforderlich ist, eine deßfallsige Entschließung der Verwaltungsbehörde veranlassen oder abwarten; kann sich aber dabei beruhigen, wenn die Verwaltungsbehörde bescheinigt, daß eine staatliche Genehmigung nicht erforderlich sei. Ist dieselbe beigebracht, so muß der Richter genau prüfen, ob das vorgelegte Statut auch alle Bedingungen der Concession erfüllt hat, und mit dieser in jeder Beziehung übereinstimmt, da auch in dieser Richtung häufig Auslassungen wesentlicher Punkte oder sonstige Unrichtigkeiten vorgekommen sind.

Ferner hat sich der Richter die Verträge und sonstigen Urkunden vorlegen zu lassen, auf welche in dem Statute Bezug genommen worden ist, oder die zu dessen Ergänzung dienen.

Wenn dann der Richter genau prüft, ob die Bestimmungen des Statutes erschöpfend und dem Gesetze entsprechend sind, ehe er die Eintragung in das Handelsregister verfügt, so wird hierdurch schon die Absicht des Gesetzes besser erreicht werden, als dies bisher bei einer laxen Prüfung häufig geschehen sein mag.

§ 6.

E. Wenn nun die Actiengesellschaft durch die Eintragung in das Handelsregister als solche ihre Selbständigkeit erlangt hat, alsdann hat sie eine völlig freie Stellung in Bezug auf die Ver-

*) wie Keyßner a. a. O. S. 85 meint.

Digitized by Google

waltung der Geschäfte. Im Art. 239 u. 239a sind zwar mehrere Vorschriften über die Geschäftsführung gegeben, allein dieselben verstehen sich zum Theile von selbst, wie z. B. die Vorschrift, daß der Vorstand verpflichtet sei, dafür Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführet werden.

I. Von Wichtigkeit ist jedoch, daß der Vorstand verpflichtet ist, spätestens in den ersten sechs Monaten jeden Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen und daß er diese veröffentlichen muß. Diese Veröffentlichung ist aber ungenügend, wenn den einzelnen Actionären nicht gestattet ist, vor Abhaltung der Generalversammlung die Rechnung nebst Belegen und den sämmtlichen Geschäftspapieren einzusehen. Es müßte dies während einer bestimmten Frist auf dem Comptoir der Gesellschaft gestattet sein, um die erforderliche Prüfung vornehmen zu können. Hierbei würde besonders die Zuziehung von sachverständigen Revisoren in Folge der Wahl von Actionären oder der Anordnung durch das Handelsgericht auf Antrag von Actionären am Platze sein. Gewöhnlich werden diese erst in der Generalversammlung selbst gewählt, allein es springt in die Augen, daß alsdann wegen Mangels an Zeit nur eine oberflächliche Prüfung vorgenommen werden kann. Die Verwaltung selbst muß untersucht werden, nicht allein das Rechnungsergebniß, welches sich regelmäßig in bester Harmonie mit den Büchern befinden wird.

II. Bei der Aufstellung des Inventars und der Jahresbilanz ist insbesondere auf die Bestimmung des Art. 31 des H.-G.-Bs. zu achten, daß sämmtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werthe einzusetzen sind, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist, wobei zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen aber abzuschreiben sind. — Gegen diese Bestimmungen wird sehr häufig gefehlt, indem z. B. die Course von Werthpapieren durch Scheinverkäufe oder künstliche Manipulationen als hochstehend angegeben werden, während in der Wirklichkeit dieselben von geringerem, oder gar keinem Werthe sind. Hiervon hängt wieder die Bestimmung der Höhe der zu vertheilenden Dividende an die Actionäre ab, uns läßt sich danach ermessen, wie leicht die Täuschung

Digitized by Google

der Actionäre hierbei ist.*) Eine Prüfung in dieser Richtung, und insbesondere auch, ob nicht das Grundcapital um die Hälfte sich vermindert hat, in welchem Falle der Vorstand nach Art. 240 der Novelle unverzüglich eine Generalversammlung berufen und dieser davon Anzeige machen muß, würde besser vorgenommen und der Vorstand schärfer controlirt werden können, wenn den Actionären oder deren Revisoren Gelegenheit gegeben würde, durch Einsicht der sämmtlichen Geschäftspapiere und des ganzen Betriebes der Verwaltung sich hierzu in den Stand zu setzen.

III. Die Generalversammlung erscheint nach der vorausgegangenen Prüfung der Bilanz und des Geschäftsberichtes durch ihre Revisoren eher befähigt, sich ein klares Urtheil über den Stand des Geschäftes und dessen Verwaltung zu bilden. Die Generalversammlung erscheint allein berechtigt, die Dividende festzustellen, was häufig in den Statuten dem Verwaltungsrathe überlassen ist**), aber untersagt werden müßte, weil sonst der Generalversammlung ein wesentliches Recht entzogen werden würde.

IV. Die Ertheilung der Decharge muß zwar auch der Generalversammlung allein zukommen, allein es kann dies regelmäßig nicht in der nämlichen Generalversammlung geschehen, welche zur Prüfung der Geschäftsführung des verflossenen Jahres berufen wird. Denn es bedarf hierzu auch einer Nachprüfung durch Sachverständige. Es müßte daher im Gesetze bestimmt werden, daß auf Antrag, selbst nur weniger Actionäre, eine solche vorgenommen und nach erstattetem weiteren Bericht in einer etwa binnen einem Monate zu berufenden Generalversammlung definitive Beschlüsse gefaßt werden dürften, wofern nicht die Generalversammlung hierzu einen aus ihrer Mitte zu wählenden Ausschuß ermächtigen sollte. Durch eine solche Decharge würde alsdann auch definitiv die Direction der Gesellschaft gedeckt sein.

---

*) So hatte z. B. der Wiener Bankverein bei 40 Proc. Einzahlung auf den Nominalwerth der Actien von 200 fl. — also 80 fl. für 1872 in Folge derartiger Manipulationen eine Dividende von 64 fl. (also 80 Proc. des Capitales) ausgezahlt, aber am 28. Oct. 1873 stand der Cours seiner Actien nur noch auf 43, bis zu 50 Ptoc. unter dem Einzahlungsbetrage. Schäffle a. a. O. S. 62 u. 11.

**) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 29, Nr. 156, S. 242.

Digitized by Google

§ 7.

F. In dem Obigen ist bereits auf einzelne Erweiterungen der Rechte der Actionäre hingedeutet worden, und wenn deren Rechte erweitert werden, so muß ihnen auch ein desfallsiges Klagerecht zustehen. Dagegen ist der Actionär seiner ganzen Stellung nach nicht berechtigt, auf dem Klagewege solche Befugnisse durchzusetzen, welche nur der Gesammtheit der Actionäre, als solcher zustehen. Der einzelne Actionär hat danach

I. gegen den Verein selbst ein Klagerecht*)

1) auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft als Actionär und die damit zusammenhängenden Rechte wegen Zulassung zu den Generalversammlungen und Theilnahme an deren Berathung, Wahlen und Beschlüssen unter Ausübung des ihm statutenmäßig zukommenden Stimmrechtes. Ebenso kann der einzelne Actionär auf Vernichtung der nicht gesetz- oder statutenmäßig gefaßten Beschlüsse der Generalversammlung dringen.**) (Vgl. Art. 214, 215 des H.-G.-Bs.).

2) Ferner hat der einzelne Actionär ein Klagerecht auf Auszahlung der von der Generalversammlung festgesetzten Dividende, auf Zahlung der etwa in zulässiger Weise versprochenen Zinsen und auf Rückzahlung seines Actienantheiles nach der durch die Generalversammlung ordnungsmäßig beschlossenen Auflösung der Gesellschaft.

Dagegen kann der einzelne Actionär außerhalb der Generalversammlungen keinen Einfluß auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnvertheilung üben. (Art. 224. vgl. mit Art. 160. 186). Das Klagerecht müßte hier nach den obigen Ausführungen erst dahin erweitert werden, daß dem einzelnen Actionär gestattet wäre, nach der Veröffentlichung des Rechenschaftsberichtes und der Jahresbilanz Einsicht der Geschäftspapiere für Prüfung der Bilanz zu nehmen, oder wenigstens durch gewählte Revisoren vornehmen zu lassen.

---

*) Vgl. Bekker in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. 17 von 1872, S. 430 ff. — Endemann, das Recht der Actiengesellschaften ꝛc. Heidelberg 1873, § 9, S. 56 unter III.

**) Renaud, das Recht der Actiengesellschaften § 51, S. 465.

Digitized by Google

II. Der einzelne Actionär hat gegen den Vorstand und den Aufsichtsrath in Folge besonderer statutarischer Bestimmung wegen Wahrung persönlicher Rechte der einzelnen Actionäre speciell durch den Vorstand oder Aufsichtsrath, oder in Gemäßheit besonderen persönlichen Versprechens oder Vergehens, in soweit dieselben auf eigene Veranwortung gehandelt haben, sowie endlich in Folge von Cession der Rechte der Gesellschaft wohl ein Klagerecht; dagegen kann ihm ein solches in Bezug auf die Interessen der Gesellschaft in ihrer Gesammtheit, ohne oder gegen den Beschluß der Generalversammlung nicht zugestanden werden. Es folgt dieß aus der Stellung der Generalversammlung als Principalin des ganzen Unternehmens und ihrer Vertreter, sowie aus Art. 224, 226, 195. Ein geordneter Geschäftsgang würde nicht möglich sein, wenn z. B. nach einem formell ordnungsmäßigen Beschlusse der Generalversammlung Decharge ertheilt, oder eine sonstige Geschäftsführung des Vorstandes gebilligt worden wäre, und nun hinterher der Vorstand von einzelnen Actionären deshalb sollte in Anspruch genommen werden dürfen. Es sind dieß gemeinsame Angelegenheiten der Gesellschaft, der Vorstand und Aufsichtsrath ist nur der Actiengesellschaft als Ganzes, nicht aber den einzelnen Actionären wegen seiner Geschäftsführung verantwortlich. Die Gesammtheit hat nur dann einen Proceß gegen den Vorstand oder Aufsichtsrath zu führen (Art. 195), wenn sie dieß in der Generalversammlung beschlossen hat, und damit ist die Legitimation der einzelnen Actionäre als solcher ausgeschlossen.*) Diesen steht nur und allein das Recht zu, als Intervenienten auf ihre Kosten in den Proceß der Actiengesellschaft mit einzutreten. Das Gesetz läßt sich nicht darauf beschränken, daß es eine gewisse Berechtigung des Einzelnen für den Fall des gemeinsamen Processirens anerkennen wollte;**) denn dazu würde für den Gesetzgeber kaum eine Veranlassung vorgelegen haben, da sich wegen des gemeinschaftlichen Interesses des einzelnen Actionärs mit demjenigen der Gesellschaft die Zulassung einer accessorischen Intervention doch wohl schon von selbst verstand.

*) Renaud a. a. O. S. 544 ff. Zur Reform des Act.-Ges.-Wesens (Behrend) S. 84. — Gerber, System des deutschen Privatrechts. 10. Aufl. 1870, § 198, Not. 10.

**) Wie Bekker a. a. O. S. 442 will, ebenso Auerbach a. a. O. S. 221.

Digitized by Google

Bei einer Revision des Gesetzes würde es aber allerdings zweckmäßig sein, den Art. 226, der eine bloße Verweisung auf andere nicht völlig passende Artikel enthält, genauer zu fassen.

Eine Erweiterung des Klagerechts der einzelnen Actionäre gegen den Vorstand und Aufsichtsrath würde aber dennoch zweckmäßig erscheinen, um die Ansicht der Minorität der Generalversammlung zur Geltung zu bringen, wenn diese in ihrer Majorität sich weigern sollte, als solche die Proceßführung wegen gesetz- oder statutenwidriger Handlungen des Vorstandes, oder des Aufsichtsrathes oder einzelner Mitglieder desselben zu beschließen. Es würde etwa einer bestimmten Anzahl von Actionären, nach Analogie des Art. 195 zu gestatten sein, binnen kurzer Frist, etwa drei Tagen, nach der Generalversammlung Bevollmächtigte durch das Handelsgericht ernennen, und die Klage binnen 30 Tagen erheben zu lassen.*) Im englischen Rechte findet sich eine derartige Bestimmung, indem eine bestimmte Anzahl von Actionären das Recht hat, eine amtliche Untersuchung über die Geschäftslage herbei zu führen. Es werden alsdann s. g. Inspectoren ernannt, welchen die Befugniß zusteht, die Beamten der Gesellschaft eidlich zu befragen. Der Bericht dieser Commission wird veröffentlicht. **) Im belgischen Entwurfe ist in Art. 123 gleichfalls der Antrag auf Anordnung von Commissären gestattet. Das englische Recht gewährt auch den einzelnen Actionären unter bestimmten Voraussetzungen ein selbständiges Klagerecht gegen die Gesellschafts-Organe.

Nach dem Ergebnisse der obigen Untersuchung dürfte es hiernach als geboten erscheinen, die Gesetzgebung über die Actiengesellschaften einer Revision zu unterziehen, und hierbei unter möglichster Schonung der freien Entfaltung der Actiengesellschaften, dahin zu wirken:

---

*) Das Großh. Hess. Justiz-Ministerium bemerkt hierzu in dem oben citirten Erlasse: Es dürften Bestimmungen angezeigt sein, welche einer Zahl von Actionären Klagerechte gewähren:

1) auf Nichtigerklärung von Beschlüssen der Generalversammlung wegen Verletzung der Gesetze oder Statuten.

2) auf Anordnung einer staatlichen Untersuchung der Geschäftslage aus wichtigen Gründen durch eine gerichtlich ernannte Commission.

**) Vgl. das Nähere hierüber in: Zur Reform des Act.-Ges.-Wesens (Behrend) a. a. O. S. 85 ff. — Auerbach a. a. O. S. 392.

Digitized by Google

1) daß durch das Erforderniß einer größeren Anzahl von Mitgliedern, die Oeffentlichkeit aller Handlungen derselben, sowie durch die Hinausschiebung der Zulässigkeit der endlichen Constituirung der Gesellschaft durch den Eintrag in das Handelsregister die Möglichkeit genauer Prüfung durch das Publicum herbeigeführt werde,

2) daß alle Hindernisse für die volle Wirksamkeit der Generalversammlung entfernt, und

3) endlich den einzelnen Actionären ein größerer Einfluß durch Erweiterung deren Rechte, auch gegen die Beschlüsse der Majorität, gewährt werde.

XII.

Eintragungen in das Handelsregister auf Grund einer Arrestverfügung; Begrenzung des Ordnungsstrafverfahrens.

Von Herrn Kammergerichtsrath Keyßner in Berlin.

In dem Gesellschaftsregister des Stadtgerichts zu Berlin steht unter Nr. 4966 eingetragen die offene Handelsgesellschaft Firma „Bonwitt & Zacharias", als Gesellschafter sind die Kaufleute Julius Bonwitt und Adolph Zacharias verzeichnet. Eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsbefugniß ist nicht vermerkt. Auf Grund der Verf. vom 9. Oktbr. 1874 wurde am selben Tage eingetragen:

„Vom Prozeßrichter ist dem Gesellschafter Kaufmann Zacharias im Wege des ordentlichen Arrestes jede fernere Disposition über das Vermögen der Handelsgesellschaft, sowie die fernere Zeichnung der Firma untersagt."

Die Bekanntmachung ist demnächst erfolgt.

Im Archiv für Theorie und Praxis des allg. deutschen Handelsrechts Bd. 5. S. 30 ff. und Erhaltung der Handelsgesellschaft S. 48. hatte ich die Grenze der Statthaftigkeit des Ordnungsstrafverfahrens dahin festzustellen versucht:

„Stellt die in das Handelsregister einzutragende Thatsache ein unter den Betheiligten streitiges Recht dar, so kann das für die Führung des Handelsregisters vorgeschriebene Ordnungsstrafverfahren nicht in Anwendung gebracht werden; vielmehr muß

Digitized by Google

die Sache zum ordentlichen Verfahren verwiesen werden, und erst nach dort getroffener Entscheidung kann, sofern es noch nöthig, mit Ordnungsstrafen eingeschritten werden."

Bestätigend hierzu ist auf das Erk. des R.-O.-H.-G. v. 24. Septbr. 1873. (Entsch. Bd. 10. S. 437 ff.) zu verweisen.

Als Sicherungsmittel der Gesellschafter gegen einander, während des Streites über die Auflösung der Handelsgesellschaft oder die Ausschließung eines Gesellschafters war dann auf Eintragungen im Wege des Arrestes hingewiesen. (Zu vergl. dazu Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar Bd. 2. S. 113, 114, 282. v. Hahn Kommentar 2 Aufl. Bd. 1. S. 443. Gruchot, Beiträge Bd. 10. S. 87. Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. 1. S. 28.)

Wenn alsdann Eintragungen im Wege des Arrestes für zulässig erachtet wurden, so war hinzugefügt:

„Die im Wege des Sicherheitsarrestes einzutragende Thatsache muß eine den Vorschriften des Handelsgesetzbuches bekannte sein, unmittelbar auf die Entziehung der geschehenen Uebertragung der Geschäftsführung, auf die Ausschließung oder auf die Auflösung der Gesellschaft gerichtet werden. Mit der Eintragung und Bekanntmachung tritt dann die gewollte Wirkung ein."

Die mitgetheilte Verfügung des Stadtgerichts zu Berlin weist eine Eintragung im Wege des Arrestes nach. Dieselbe giebt jedoch anderweit zu Bedenken Anlaß.

Zunächst ist der Vermerk, nach dem jede freie Disposition über das Vermögen der Handelsgesellschaft, sowie die fernere Zeichnung der Firma untersagt sei, mindestens formell nicht berechtigt. Die Eintragung hätte etwa dahin ergehen sollen: „Der Kaufmann Z. ist von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen."

Gegen eine solche Eintragung sind aber aus Art. 102 des H.-G.-Bs. Bedenken zu entnehmen.

Im Wege des Arrestes darf nur ein solcher Zustand hergestellt werden, wie er durch das spätere Erkenntniß als ein berechtigter festgesetzt werden kann. Wäre die dem Kaufmann Z. zustehende Vertretungsbefugniß auf eine Uebertragung der Geschäftsführung nach Art. 101 § 1 zurückzuführen; so würde ein Widerruf statthaft gewesen sein. Der Kaufmann Z. leitete aber seine Vertretungsbefugniß aus dem jedem offenen Handelsgesell-

Digitized by Google

schafter gleichmäßig zustehendem Recht (Art. 102 §. 1 d. H.-G.-Bs.) her, wobei ein Widerruf nicht in Frage kommen kann. (Anschütz und v. Völderndorff Commtr. Bd. 2. S. 102.; v. Hahn Kommtr. 2. Aufl. Bd. 1. S. 316. Keyßner Handelsgesetzbuch zu Art. 102.) Bei solchem Sachverhalt war Entziehung der Vertretungsbefugniß nicht durchführbar und konnte deshalb auch eine bezügliche Verfügung im Wege des Arrestes nicht erfolgen.

Es erübrigte hiernach nur Ausschließung des Gesellschafters oder Auflösung der Gesellschaft.

Da die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern bestand, so war nach der vom R.-O.-H.-G. im Erk. vom 7. Octbr. 1873 (Entsch. Bd. 11. S. 160. anders namentlich v. Hahn Commtr. 2. Aufl. Bd. 1. S. 448, Puchelt Comtr. S. 215.) gegebenen Auslegung des Art. 128 d. H.-G.-Bs. die Ausschließung nicht statthaft.

Der Kaufmann Bonwitt war hiernach auf die Auflösung der Gesellschaft beschränkt. Mit einer hierauf gerichteten Klage konnte der Antrag auf Ernennung eines Liquidators verbunden werden, wobei das Gericht dem Kaufmann B. zum alleinigen Liquidator bestellen durfte. (Ztschr. f. d. g. H.-R. Bd. 10. S. 338.)

Im Wege des Arrestes hätte folgende Eintragung geschehen können:

Diese Handelsgesellschaft ist aufgelöst.

Der Kaufmann Bonwitt ist zum alleinigen Liquidator ernannt.

XIII.

Zu Art. 357 des H.-G.-Bs.

Folgen des Verzuges eines Contrahenten bei Zeitkaufgeschäften nach den allgemeinen Bedingungen für die Geschäfte der Berliner Fondsbörse. §. 7. Begriff der Zahlungsstellung § 8.

Die Aeltesten der Kaufmannschaft zu Berlin haben am 1. December 1868 folgende Auskunft ertheilt:*)

*) Die nachträgliche Mittheilung des Parierns rechtfertigt sich dadurch, daß die betreffenden Bestimmungen des älteren Schlußzettel in den jetzigen

Digitized by Google

1. Bei Lieferungsgeschäften von Werthpapieren ist es an hiesiger Börse Usance, daß, wenn einer der beiden Contrahenten den Bedingungen des Schlußzettels zuwider nicht pünktlich liefert, oder abnimmt, der Andere von dem Vertrage nicht einseitig zurücktreten kann, vielmehr muß derselbe den Säumigen ohne Verzug von der Nichterfüllung schriftlich in Kenntniß setzen*) und ist befugt resp. verpflichtet, am nächstfolgenden Börsentage nach seiner Wahl entweder die nicht gelieferten resp. nicht abgenommenen Effecten durch einen vereideten Makler ankaufen resp. verkaufen zu lassen, oder ohne einen effektiven Ankauf oder Verkauf zu bewirken, von dem Säumigen die Coursdifferenz, im ersteren Falle zwischen dem Vertragspreise und dem laut Schlußzettel bedungenen Preise, im letzteren Falle zwischen dem Vertrags- und dem Tagescourse sofort baar zu fordern, resp. an denselben zu zahlen. In allen Fällen hat der Säumige die übliche Maklercourtage, den Zinsverlust, und, wenn das Geschäft per Ultimo geschlossen war, auch den von der Liquidationscommission für Monatsengagements festgesetzten Report oder Deport zu vergüten. Protest zur Constatirung der Nichterfüllung zu erheben ist der zur Erfüllung bereite Contrahent berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, jedenfalls aber, bei Verlust aller Rechte, gehalten, den Säumigen von dem geschehenen Ankauf oder Verkauf und den Anspruch auf Differenz, durch ein an demselben Tage der Post zu übergebendes recommandirtes Schreiben, Kenntniß zu geben.

2. Es ist ferner an hiesiger Börse Usance,**) daß der vertragsmäßig später treffende Lieferungstermin sofort an dem Tage eintritt, an welchem an der Börse bekannt wird, daß der zur Lieferung Verpflichtete seine Zahlungen einstellt und ebenso daß der Verpflichtete sich in diesem Falle dem Course unterwerfen

allgemeinen Bedingungen unverändert geblieben sind. Ztschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 18, S. 502. Keyßner, Handelsgesetzbuch S. 193.

*) Erk. des R.-O.-H.-Gs. vom 30. Juni 1874 deutsches Handelsblatt 1874, Nr. 47.

**) Ueber die Frage, ob diese Bestimmung rechtsgültig sei gegenüber § 17 der Prß. Concursordnung vom 8. Mai 1855, Novelle vom 12. März 1869 (Johow, Concursordnung, S. 41). Busch, Archiv Bd. 12, S. 101; Striethorst, Archiv, Bd. 68, S. 86; Ztschr. für das ges. Handelsrecht, Bd. 18, S. 277.

Digitized by Google

muß, welcher sich an dem Tage, an welchem die Zahlungseinstellung an der Börse bekannt wird, durch die Durchschnittsnotirung im amtlichen oder Hertelschen Courszettel ergiebt.

Nach hiesigen Börsenusancen wird, soweit es auf die Erfüllung von Lieferungsgeschäften über Werthpapieren ankommt, der Zahlungseinstellung gleichgeachtet:

a) wenn ein Kaufmann außergerichtlich bei seinen Gläubigern Zahlungsfrist nachsucht.

b) Die unterlassene Erfüllung eines einzelnen Zeitgeschäftes auch bei ultimo Regulirungen ist an sich und abgesehen von dem Falle a einer Zahlungseinstellung nicht gleich zu achten, da die Erfüllung aus verschiedenen Gründen unterblieben sein kann, vielmehr kommt es darauf an, ob nach den Umständen des concreten Falles anzunehmen ist, daß die unterlassene Erfüllung in der Unfähigkeit dazu ihren Grund hat. h.

Digitized by Google

F. Rechtsgrundsätze Preußischer Gerichtshöfe.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Voigtel in Magdeburg.

I. Semester 1874.

A. Handelsgesetzbuch.

Art. 12 des H.-G.-Bs.

Liquidatoren und andere Vertreter von Handelsfirmen müssen beim Grundbuchamte (§ 46 Preuß. Grundbuchordnung) durch das in Art. 23, § 2 Preuß. Einf.-Ges. zum H.-G.-B. vom 24. Juni 1861 vorgeschriebene Attest nachweisen, daß sie an dem Tage der betreffenden Erklärung bez. des betreffenden Rechtsgeschäftes zu derselben bez. demselben ermächtigt waren.

Ein Attest dahin gehend, daß gewisse Personen als Liquidatoren einer Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen sind, legitimirt dieselben bei dem Grundbuchamte nicht zur späteren Vornahme von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft.

Beschlüsse der Appellationsgerichte zu Posen vom 6. September 1873, und zu Magdeburg vom 27. November 1872 (Johow, Jahrb. für Entsch. der Preuß. Appell.-Gerichte, Bd. 3, S. 160.)

Art. 15 ff. des H.-G.-Bs.

Wenn Jemand ein an einem Hause befindliches Aushängeschild mit Firma (durch darüber aufgestellte und herabhängende Schlingpflanzen) derartig bedeckt, daß das Schild unsichtbar oder unlesbar, und damit der Zweck desselben, das Publicum mit dem Betriebe eines Gewerbes in jenem Hause bekannt zu machen,

Digitized by Google

illusorisch gemacht wird, so liegt darin eine Störung des Schildinhabers in dem Besitze des Rechtes, an der betreffenden Stelle das angebrachte Schild zu haben.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 26. September 1873. (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle, Bd. 89, S. 287.)

Art. 65 des H.-G.-Bs.

Markthelfer und Comptoirboten als solche gehören, obwohl sie häusliche Dienste leisten, ebensowenig zum Gesinde, wie Laufburschen, Stiefelputzer und Aufwartefrauen.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin I. Senat vom 28. Februar 1873 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 88, S. 217.)

Art. 116, 114, 115, 86 des H.-G.-Bs.

Unzulässig ist eine Beschränkung des Gesellschafters, welcher die offene Handelsgesellschaft vertreten soll, dahin, daß seine alleinige Zeichnung nicht genüge, es vielmehr der Mitunterschrift eines der übrigen, von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter bedürfe, um die Firma zu verpflichten.

Beschluß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 8. Februar 1873. (Johow, Jahrbuch für Entsch. d. Preuß. Appell. Gerichte. Bd. III. S. 8.)

Art. 181 des H.-G.-Bs.

Die Ausfertigung von Actien für die gesellschaftlichen Capitalantheile der persönlich haftenden Gesellschafter ist selbst dann nicht zulässig, wenn die Gesellschaftsstatuten ausdrücklich bestimmen, daß diese Actien nicht ausgegeben, sondern zurückbehalten werden, und in der Gesellschaftskasse deponirt bleiben sollen.

Beschluß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 29. Juni 1872 (Johow, Jahrbuch für Entsch. des Preuß. Appell. Gerichte Bd. III. S. 21.)

Art. 207 ff. des H.-G.-Bs.

Die bestehenden Eisenbahn-Actiengesellschaften sind nach Erlaß des Bundesgesetzes von 11. Juni 1870 (B.-G.-Bl. S. 375.)

Digitized by Google

nicht mehr verpflichtet, zur Ausgabe von neuen Stammprioritätsactien die landesherrliche Genehmigung nachzusuchen.

Beschluß des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 19. März 1873 (Johow, Jahrbuch für Entsch. der Preuß. Appell. Gerichte Bd. III. S. 10.)

Art. 207 ff. des H.-G.-Bs.

Die dem Vorstande einer Actiengesellschaft ertheilte Ermächtigung, über den Betrag des im Gesellschaftsvertrage bestimmten Grundcapitals hinaus weitere Aktien je nach Bedarf bis zu einer gewissen Summe zu emittiren, widerspricht dem Wesen einer Actiengesellschaft, welches ein bestimmt fixirtes Grundcapital erfordert, das durch die Gesammtheit der für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftenden Einlagen repräsentirt wird, ist daher rechtsungültig und kann nicht in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden.

Beschluß des Appellationsgerichtshofs zu Köln von 29. Juli 1873 (Archiv für Civ. u. Crim. R. der Rheinprovinz Bd. 65, S. 112.)

Art. 209, Nr. 10, Art. 224 des H.-G.-Bs.

Eine Statutbestimmung dahin, daß Actionäre weiblichen Geschlechts vom Stimmrechte ausgeschlossen seien, ist unzulässig.

Beschluß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 5. Februar 1873. (Johow, Jahrbuch für Entsch. d. Preuß. Appell.-Gerichte Bd. III. S. 22.)

Art. 210 a, 212, 214 des H.-G.-Bs.

Die seitens der Actiengesellschaft geschehenden Anmeldungen zum Handelsregister müssen stets von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes, nicht blos von den nach dem Gesellschaftsstatute zur Zeichnung für die Gesellschaft ermächtigten Mitgliedern des Vorstandes erfolgen.

Beschluß des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 9. April 1873. (Johow, Jahrbuch für Entsch. der Preuß. Appell.-Gerichte Bd. III. S. 16.)

Digitized by Google

Art. 214, 210 a des H.-G.-Bs.

Die in Art. 210 a des H.-G.-Bs. vorgeschriebenen Bescheinigungen, Nachweise und Urkunden sind auch der Anmeldung einer bloßen Erweiterung des Grundcapitals durch Emission neuer Stammactien beizufügen.

Beschlüsse des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 9. April 1873, und zu Köln vom 29. Juli 1873. (Johow, Jahrbuch Bd. III. S. 16, Archiv für Civ. und Crim. R. der Rheinprovinz Bd. 65. S. 112.)

Art. 227, 230 des H.-G.-Bs.

Eine im Namen einer Actiengesellschaft Seitens des Gesammtvorstandes derselben vorgenommene besitzstörende Handlung gilt als Handlung der Gesellschaft, und ist von derselben zu verantworten, ohne daß es dazu dem Verletzten gegenüber eines Beschlusses der Gesellschaft bedarf.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin III Senat vom 5. Dezember 1873. (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 89. S. 371.)

Art. 266 ff. des H.-G.-Bs.

Bei einer Vereinigung zur Lieferung von Waaren für gemeinschaftliche Rechnung bildet, was das Verhältniß der Theilnehmer unter sich, und insbesondere die Competenz für die Klage auf Auseinandersetzung betrifft, weder der Ort, wo die Uebernahme der Lieferung erfolgt, als solcher den Ort des Vertragsschlusses, noch der Ort, wo die Lieferung effectuirt war, den Erfüllungsort, noch der Ort, wo der dritte Zahlung zu leisten hat, der Zahlungsort im Sinne des Art. 420 al. 2. 3. B. Pr. O.

Erk. des Appellationsgerichtshofs zu Köln vom 18. Juli 1873. (Archiv f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65. S. 107.)

Art. 274.

Ein von einem Kaufmann geschlossener Vertrag ist solange als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig zu betrachten, als nicht der das Gegentheil Behauptende durch die

Digitized by Google

bei dem speciellen Falle obwaltenden Umstände, oder in anderer Weise nachweist, daß der Vertrag zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns in keiner Beziehung gestanden habe.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 25. September 1873. (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle, Bd. 89. S. 276.)

278 ff. des H.-G.-Bs.

Die deutsche Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 hat an dem Begriffe der Gewerbefreiheit nichts geändert, und enthält keinerlei Bestimmungen, aus welchen mittelbar oder unmittelbar die Unzulässigkeit von Veräußerungsverträgen hergeleitet werden könnte, vermittelst welcher der Erwerber das Vertragsobject (ein Grundstück) mit der Einschränkung erwirbt, sich der Verwendung desselben zum Zwecke eines bestimmten Gewerbebetriebes (der Schankwirthschaft) zu enthalten.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 14. Februar 1873 (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle. Bd. 88. S. 139.)

Art. 284 des H.-G.-Bs.

Durch Art. 284 des H.-G.-Bs. wird die Vorschrift des § 307 A.-L.-R. Thl. I. Lit. 5. (Verzicht des Rechts auf Conventionalstrafe durch vorbehaltlose Annahme der Leistung) nicht berührt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 11. September 1873. (Gruchot, Beiträge. Bd. 18. S. 375.)

Art. 292 ff. des H.-G.-Bs.

Die § 321 — 326 A.-L.-R. Thl. I. Lit. 11., betreffend die Simulation eines Kaufs auf Wiederkauf zur Verdeckung eines wucherlichen Darlehensgeschäftes, sind durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, nicht vollständig, sondern nur bezüglich des unerlaubten Zinswuchers aufgehoben.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 19. December 1873 (Gruchot, Beiträge Bd. 18. S. 400.

Digitized by Google

Art. 295 des H.-G.-Bs.

Wenn ein Gläubiger eine von ihm ausgestellte Quittung wegen Nichtzahlung der Summe, über welche quittirt ist, anficht, so hat er nur zu beweisen, daß die Zahlung, der Quittung ungeachtet, nicht erfolgt ist; während dem Gegner der Beweis obliegen würde, daß die Tilgung der Verbindlichkeit in anderer Art, als durch Zahlung, erfolgt sei.

Die §. 113. 114 A. L. R. Thl. I. Lit. 16, setzen voraus, daß die Quittung selbst ergiebt, daß die Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 10. November 1873 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle. Bd. 89. S. 361.)

Art. 299 des H.-G.-Bs.

Bei der Cession geschieht der Uebergang des Eigenthums lediglich durch die Erklärung des Cedenten, daß das abgetretene Recht von nun an der Andere als sein Eigenthum auszuüben befugt sein solle, und durch die Annahme dieser Erklärung seitens des Anderen.

Eines besonderen, für sich bestehenden Cessions-Vertrages bedarf es nicht.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 28. Februar 1873 (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle. Bd. 88. S. 222.)

Art. 307 des H.-G.-Bs.

Die Schenkung (Veräußerung) eines in einem Sparcassenbuche verbrieften Sparcassen-Capitals erfordert eine schriftliche Cession, und kann nicht mündlich unter Aushändigung des Sparcassenbuches geschehen. In der auf Grund einer mündlichen Schenkung des Sparcassencapitals und Aushändigung des Sparkassenbuches geschehenen Erhebung des geschenkten Sparcassencapitals liegt jedoch der Act der Uebergabe im Sinne der §. 1065. 1068 L. R. Thl. I. Lit. 11.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin II. Senat vom 26. Juni 1873 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 89, S. 111.)

Digitized by Google

Art. 317 des H.-G.-Bs.

Wenn die Contrahenten mündlich über das Kaufobject sich einverstanden erklärt haben, dasselbe aber in dem schriftlichen Vertrage ungenau bezeichnet ist, so kann der letztere nicht wegen Mangels der schriftlichen Form (mangelnder schriftlicher Bezeichnung des Kaufobjects) aufgerufen werden.

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 8. Mai 1872 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 376.)

Art. 317 des H.-G.-Bs.

Zur Substantiirung des Einwandes, daß ein gerichtlicher oder notarieller Vertrag anders niedergeschrieben, als verabredet worden sei, reicht die bloße Angabe der angeblich anderen und wirklichen Vereinbarung nicht aus. Es muß vielmehr behauptet und unter Beweis gestellt werden, daß die beurkundete Erklärung nicht die wahre Willensmeinung der Contrahenten enthält.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 29. September 1873 (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle, Bd. 89, S. 299.)

Art. 337 ff. des H.-G.-Bs.

Die Verabredung von Sconto ist keine Nebenbestimmung, sondern betrifft die Höhe des Kaufpreises. Ein gewisser Preis soll zwar der Berechnung zum Grunde gelegt, nicht aber bezahlt werden. Diese Preisbestimmung ist essentiale negotii, und daher vom klagenden Verkäufer zu beweisen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 10. Februar 1872 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 371.)

Art. 346 ff. des H.-G.-Bs.

In der von dem Käufer vorgenommenen Verzollung der ihm von einem anderen Orte übersendeten Waare, und in deren demnächstiger Abfuhr vom Zollhofe zur Handelsniederlassung des Käufers kann an und für sich eine Genehmigung der Waare nicht gefunden werden.

Digitized by Google

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Köln vom 18. December 1872 (Archiv für Civ.- und Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 65, S. 132.)

B. Deutsche Wechselordnung.

Art. 4 der W.-O.

Zusammenstellung von Entscheidungen höchster deutscher Gerichtshöfe über die wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels. Von Dr. Gruchot (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 161 bis 312.)

Art. 21 ff. der W.-O.

Wenn der Acceptant außer seinem Namen auch das Wort „angenommen" eigenhändig geschrieben hat, so kann über die Echtheit des Accepts durch comparatio literarum (§ 149, G.-O. I. 10) Beweis erhoben werden.

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Naumburg vom 24. Januar 1874 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 428.)

Art. 74 der W.-O.

Die formelle Rechtsnatur der Wechsel-Transport-Acte

wonach gegen die wechselmäßig legitimirten Wechselinhaber ein Recht auf Herausgabe des Wechsels nur durch den Nachweis des dolus bei dem Erwerbe begründet werden kann,

äußert ihren Einfluß nicht allein bei der Realisation des Wechselversprechens gegen den Wechselverbundenen, sondern nach Außen hin überhaupt, also auch gegen Dritte, die nicht im Wechselverbande stehen.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 13. Februar 1873 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 88, S. 136.)

C. Handelsproceß.

Art. 1, 4, 5, 8 Conc.-Ordnung vom 5. Mai 1855.

1) Wechselverbindlichkeiten, welche der Gemeinschuldner im Laufe des Concurses eingegangen hat, sind für ihn persönlich verbindlich.

Digitized by Google

2) Gegen den Gemeinschuldner können im Laufe des Concurses Klagen auf Geldzahlung angestellt werden, sofern damit nicht Befriedigung aus der Concurs-Masse verlangt wird.

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 1. November 1873 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 360.)

Das Appellationsgericht zu Hamm hat am 26. Febr. 1873 derartige Klagen während der Dauer des Concurses für unstatthaft erklärt (das. Bd. 18, S. 365.)

II. Semester 1874.

A. Handelsrecht.

Art. 105. (98, 133, 144.) des H.-G.-B.

Ein Gesellschafter als Liquidator kann gegen seinen Mitgesellschafter und Mitliquidator nicht verlangen, daß ihm die Einsicht der Bücher durch einen Bevollmächtigten gestattet werde.

Entsch. des Appellationsgerichts zu Köln vom 12. Febr. 1875. (Archiv f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65. Abth. I. S. 217.)

Art. 111. (85, 86, 110.) des H.-G.-B.

Eine offene Handelsgesellschaft, welche nicht in das Handelsregister eingetragen ist, hat ihren Sitz und daher auch ihren Gerichtsstand bei dem Gerichte desjenigen Ortes, an welchem sie ihre Geschäfte betreibt, nicht desjenigen Ortes, welchen der zwischen den Gesellschaftern bestehende, dritten gegenüber nicht wirksame Gesellschaftsvertrag als Sitz der Gesellschaft bezeichnet.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 10. November 1873. (Entscheidungen Bd. 71 S. 92.)

Art. 136 des H.-G.-B.

Von zwei gerichtlich ernannten Liquidatoren kann nicht einer für sich allein Klage gegen einen Schuldner der Gesellschaft erheben.

Die Unstatthaftigkeit einer solchen Klage wird nicht dadurch gedeckt, daß dieselbe zugleich mit gegen den Liquidator ge-

Digitized by Google

richtet worden, und daß dieser die Entscheidung dem Ermessen des Gerichtes anheimstellt, was einen Beitritt zur Klage nicht gleichzuachten ist.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 19. März 1874. (Archiv f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65. Abth. I. S. 254.)

Art. 209 N. 6, 12 des H.-G.-Bs.

Die Vorschrift des Art. 209 N. 12, wonach das Statut einer Actiengesellschaft die Form bestimmen muß, in welcher die von derselben ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, findet nicht dadurch ihre Erledigung, daß das Statut Vorschriften darüber enthält, in welcher Form der Vorstand als solcher Urkunden und Erklärungen verbindlich für die Gesellschaft ausstellt, und wie die Urkunden, welche vom Aufsichtsrathe zu vollziehen sind, als gehörig gezeichnet gelten.

Derjenige, welcher als Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft bei der Errichtung des Statutes einer Actiengesellgesellschaft mitwirkt und zeichnet, kann in dieser Eigenschaft nicht in den Aufsichtsrath gewählt werden, dessen Mitglieder ihre Functionen in eigener Person vorzunehmen und zu vertreten haben.

Erk. des Appellationsgerichtshofs zu Köln vom 4. Novbr. 1873. (Archiv f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65. Abth. I. S. 150.)

Art. 272 N. 5 des H.-G.-Bs.

Die Ehefrau eines Druckereibesitzers, welche behauptet, daß ihr Mann Nicht-Kaufmann gewesen sei, und deshalb im Concurse das Vorrecht des §. 80 Conc.-Ord. vom 8. Mai 1855 in Anspruch nimmt, muß beweisen, daß der gewerbsmäßige Betrieb der Druckerei ihres Ehemannes kein handwerksmäßiger gewesen sei.

Erk. des Obertibunals zu Berlin IV. Senat vom 11. November 1873. (Entscheidungen Bd. 71 S. 81.)

Art. 275 (272 N. 4) des H.-G.-Bs.

Die Vermittelung eines Kaufvertrages über Grundstücke

Digitized by Google

ist kein Handelsgeschäft, auch wenn sie von einem Kaufmann bewirkt ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV Senat vom 9. September 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 273.)

Art. 284 des H.-G.-Bs.

Die Conventionalstrafe kann (nach Gemeinem und Kurhessischen Rechte) auch bei einem sonst ungültigen Vertrage mit Wirksamkeit und Klagbarkeit stipulirt werden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 20. Januar 1873. (Striethorst, Archiv Bd. 90. S. 82.)

Art. 286. (277) des H.-G.-Bs.

Die den Einwand der laesio enormis ausschließende Vorschrift des Art. 286 setzt nicht die kaufmännische Eigenschaft beider streitenden Contrahenten voraus.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV Senat vom 19. Juni 1873. (Entscheidungen Bd. 79. S. 93.)

Art. 299 des H.-G.-Bs.

Die Regreßrechte des weiter cedirenden Cessionars an seinen Autor wegen Gewährleistung, seien es gesetzliche oder contractliche, werden nicht zu den Eigenschaften, Vorzügen, Neben- und Vorrechten gezählt, welche als annexa der Forderung auch ohne ausdrückliche Abtretung auf jeden Erwerber übergehen. (§. 402—404. H.-R. I. 11.)

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 27. November 1873. (Entscheidungen Bd. 71. S. 31, Striethorst Archiv Bd. 90. S. 306.)

Art. 301—305 des H.-G.-Bs.

Ein Accreditiv enthält nur ein Zahlungsmandat an den Assignaten, und drückt keine Verpflichtung des Ausstellers bez. des Assignaten gegen den Assignatar aus; noch viel weniger bildet es den Träger eines Forderungsrechtes selbst. Es kann also auch durch dessen Indossirung der Indossatar keine Rechte gegen den Aussteller oder Assignatar erwerben.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 20. Decbr. 1873. (Archiv. f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65. Abth. I. S. 190.)

Digitized by Google

Art. 306 (273) des H.-G.-B.

Wenn ein Fabrikinhaber Maschinen, die er zum Betriebe seiner Fabrik benutzt hat, verkauft und übergiebt, so ist dieser Verkauf, als in dessen Handelsbetriebe geschehen anzusehen. Jedes an den verkauften Maschinen früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn es dem Erwerber beim Ankaufe unbekannt war.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 7. Octbr. 1873. (Entscheidungen Bd. 81. S. 42.)

Art. 313—316 des H.-G.-Bs.

Der Käufer, welcher die empfangene Waare als nicht mustermäßig zurückweist, und die Lieferung besserer Waare verlangt, ist nicht befugt, um den Verkäufer zu dieser Lieferung zu nöthigen, und um sich für seine eventuelle Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, zu sichern, ein Retentionsrecht an der zur Disposition gestellten Waare auszuüben.

Eine solche unbefugte Zurückhaltung der Waare berechtigt aber den Verkäufer nicht, deren Kaufpreis von dem Käufer zu verlangen.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 23. Decbr. 1873. (Archiv f. Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz. Bd. 65. Abthl. I. S. 192.)

Art. 317 des H.-G.-Bs.

Die Vorschriften des Römischen und Preußischen Landrechtes über die Beschränkung der Bürgschaften der Frauen betreffen nicht die äußere Form des Geschäftes, sondern die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit der Frauen. Der Art. 317 des H.-G.-Bs., welcher nur von der äußeren Form der Handelsgeschäfte handelt, kann deshalb auf die Bürgschaft einer Nichthandelsfrau, wenn sie auch als Handelsgeschäft sich darstellt, nicht angewendet werden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 17. Juni 1873. (Entscheidungen Bd. 70, S. 116.)

Art. 336 des H.-G.-Bs.

Der Schuldner befindet sich nicht im Vorzuge, wenn er die im Preußischen Courant verabredete Schuldsumme innerhalb der contractlichen Zeit in Preußischen Kassenanweisungen oder

Digitized by Google

Banknoten, oder demselben gleichstehenden Papiergelde anbietet, und der Gläubiger bei der verweigerten Annahme nicht erklärt, daß er Zahlung in Preußischen Silbercourant verlange.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 29. September 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 342.)

Art. 346 ff. des H.=G.=Bs.

Das Recht des Käufers, auf Minderung des Kaufpreises einer fehlerhaften Sache zu klagen, wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß derselbe vor Anstellung der Minderungsklage den Verkäufer zur Rücknahme der Sache aufgefordert, dieser aber sich nicht unbedingt zur Rücknahme bereit erklärt hat.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat v. 10. Juni 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 86.)

Art. 346 ff. des H.=G.=Bs.

Die Vorschrift des §. 330 A.=L.=R. Thl. I. Tit. 5. (daß der Käufer den in die Augen fallenden Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft nicht mehr geltend machen kann, wenn er die Sache ohne Rüge des Mangels übernommen hat) kommt dann nicht zur Anwendung, wenn die fehlende Eigenschaft gleichzeitig ausdrücklich vorbedungen war.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 20. März 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 122.)

Art. 346 ff. des H.=G.=Bs.

Der Käufer, auf dessen Wandelungsklage der Verkäufer rechtskräftig verurtheilt ist, die verkauften Sachen gegen Erstattung des Kaufgeldes zurückzunehmen, wird dadurch nicht verpflichtet, die Sache dem Verkäufer zurückzugeben, und das gezahlte Kaufgeld sich erstatten zu lassen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin III. Senat vom 19. September 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 252.)

Art. 357 des H.=G.=Bs.

Es gehört zur Begründung der Klage des Käufers auf Lieferung der gekauften Waare, daß die Anzeige, es solle auf Erfüllung bestanden werden, erfolgt ist. Einer Einrede des Verkäufers, daß eine solche Anzeige nicht erfolgt ist, bedarf es nicht.

Digitized by Google

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 19. Juni 1873. (Entscheidungen Bd. 70. S. 156.)

Art. 397 des H.-G.-Bs.

Wenn der Empfänger des Frachtgutes wegen verspäteter Lieferung dasselbe nur frachtfrei in Empfang nehmen will, und die Eisenbahn es unterläßt, ihn von einer, ihre Haftung ausschließenden Verzögerungsursache zu benachrichtigen, so haftet sie für die hierdurch entstandene Empfangsverzögerung selbstständig, wenn auch die ursprüngliche Lieferungsverzögerung durch höhere Gewalt verursacht ist.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 7. April 1869. (Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 19. S. 617.)

Art. 408 des H.-G.-Bs.

Das Präjudiz des Art. 408 findet nicht blos auf sogenanntes, Manco, sondern auch auf den Verlust ganzer Frachtstücke Anwendung. Eine vom Frachtführer selbst „vorgemerkte" Reklamation eines Verlustes liefert zugleich den Beweis desselben, gegen welchen ein Gegenbeweis nicht offen steht.

Die Stückzahl der Frachtgüter wird durch den Frachtbrief auch dann erwiesen, wenn die Waare vertragsmäßig durch den Absender zu verladen war. (§ 22, Nr. 4, Vereinsgüter-Reglement von 1865.)

Erk. des Appellationsgerichts zu Frankfurt a/M. von 22. September 1869 (Goldschmidt, Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 19, S. 603.)

Art. 423 des H.-G.-Bs.

Nach Art. 423 ist die Reglementsbestimmung zulässig, wonach die Eisenbahn den Transport vom Bahnhof in die Wohnung des Adressaten nicht übernimmt, und diesen verpflichtet, die Abholung des Frachtgutes von dem Bahnhofe durch eigene Leute, oder durch die unter Vermittlung der Eisenbahn-Verwaltung angestellten Güterbeförderer zu bewirken.

Erk. des Appellationsgerichts zu Frankfurt a/M vom 24. Febr. 1871 (Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 19, S. 605.)

Digitized by Google

Art. 423 (427) des H.-G.-Bs.

Die Reglementsbestimmungen über Haftung der Eisenbahn für Reisegepäck binden den Reisenden nur dann, wenn sie in der Art publicirt sind, daß angenommen werden darf, es sei das Publicum mit ihnen bekannt geworden, und habe in Kenntniß und Billigung derselben das Gut zum Transport gegeben.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 5. Oct. 1869 (Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 19, S. 621.)

Eisenbahn-Betriebs-Reglement vom 10. Juni 1870. (B.-G.-Bl. S. 419.)

B. § 22, Nr. 2 des Betr.-Regl.

Die Bestimmung dieses Paragraphen, wonach die Eisenbahn in Ansehung derjenigen Güter, welche in unbedeckten Wagen transportirt werden, nicht für den Schaden haftet, welcher aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist, findet nur auf regelmäßige, innerhalb der Lieferfrist bewirkte Gütertransporte ihre Anwendung, und kann nicht dazu dienen, das eigene Verschulden der Eisenbahn zu decken.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 29. März 1873 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 65, Abth. I. S. 208.)

B. § 19 des Betr.-Regl.

Durch die Bestimmung des § 19, wonach das einer Eisenbahn zum Transporte übergebene Frachtgut vier Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit als in Verlust gerathen zu betrachten, ist dem Absender das Recht verliehen, nach Ablauf dieser Frist den Ersatz des Werthes des Gutes nach Maßgabe des Frachtvertrages zu verlangen.

Hat er von diesem Rechte Gebrauch gemacht, so kann ihm dasselbe nicht dadurch wieder entzogen werden, daß die Eisenbahn nach Wiederauffindung des Gutes dasselbe ohne besondere Zustimmung des Absenders an den ursprünglichen Destinatär abliefert, und dieser es vorbehaltlos in Empfang nimmt.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 4. März 1874 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, (Bd. 65, Abth. I. S. 228.)

Digitized by Google

Unfalls-Gesetz vom 7. Juni 1871 (R.-G.-Bl. S. 209); § 25 Ges. 3. Novbr. 1838 (Ges.-Samml. S. 505); Gesetz vom 3. Mai 1869 (Ges.-Samml. S. 665.)

Als Betriebs-Unternehmer im Sinne des § 1, Ges. 7. Juni 1871 und des § 25 Ges. vom 3. Novbr. 1838 sind nur die Eigenthümer der Bahn und diejenigen Gesellschaften zu betrachten, welchen die Mitbenutzung der fremden Bahn staatlich concedirt ist.

Im Falle der Vereinigung mehrerer Eisenbahn-Gesellschaften zu einem Verbande nimmt die eine Gesellschaft nicht dadurch an dem Betriebe auf der Bahn der anderen Gesellschaft Theil, daß ein von ihr für den gemeinschaftlichen Dienst angestellter Beamter (Verbands-Packmeister) in Ausübung dieses Dienstes auf die Bahn der anderen Gesellschaft übergeht.

Letztere bleibt daher auch allein für den Unfall verantwortlich, den jener Beamte auf ihrer Bahn erleidet.

Erk. des Appellationsgerichts zu Köln vom 19. Februar 1874 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 65, Abth. I, S. 223.)

Nach § 25 Ges. vom 3. Novbr. 1838 ist die Eisenbahn bei Sachbeschädigungen nur zum Ersatze des mittelbaren und unmittelbaren Schadens, nicht auch zum Ersatze des entgangenen Gewinnes verpflichtet.

Erk. des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 13. Decbr. 1872 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 832.)

Das Ges. vom 3. Mai 1869, wonach es den Eisenbahnen nicht gestattet ist, ihre Haftpflicht aus § 25 Ges. vom 3. Novbr. 1838 durch Verträge im Voraus auszuschließen, oder zu beschränken, findet auch auf Verträge Anwendung, die vor diesem Gesetze geschlossen sind.

Wenn das Statut des Pensions-Vereins der Beamten einer Eisenbahn bestimmt, daß die im Falle eines Unglücks von dem Vereine zu gewährenden Pensionen, Wittwen- und Erziehungs-Gelder an Stelle derjenigen Entschädigungen treten sollen, welche die Beamten bez. ihre Hinterbliebenen auf Grund des § 25 a. a. O. gegen die Eisenbahn beanspruchen könnten, und daß ein

Digitized by Google

Beamter oder dessen Hinterbliebene, welche dennoch eine solche Entschädigung gegen die Eisenbahn geltend machen und aus deren eigenen Mitteln erlangen würden, dadurch jeden Anspruch an den Pensions-Verein von Rechtswegen verlieren sollen — so fällt dies insofern unter das Verbot des Gesetzes vom 3. Mai 1869, als durch jene Bestimmung die Aufhebung oder Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahn bewirkt werden soll, nicht aber insofern, als dadurch im Interesse des Pensions-Vereins verhindert werden soll, daß der Berechtigte eine doppelte Entschädigung beziehe.

Erk. des Obertribunals zu Berlin V. Senat vom 17. Februar 1874 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 65, Abth. II, S. 87.)

Versicherungsrecht.

Das Recht auf die Summe, welche einem Dritten, der dem Lebensversicherungs-Vertrage nicht beigetreten ist, laut Police zugedacht ist, bildet nach dem Tode des Versicherungsnehmers einen Bestandtheil des Nachlasses desselben, und steht nicht dem Versicherten eigenthümlich zu.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 27. November 1873 (Entscheidungen Bd. 71, S. 1.)

Genossenschaftsrecht.

Ein nicht eingetragener Vorschuß-Verein ist eine Erwerbsgesellschaft im Sinne des § 169—310 Allg. L.-R. Thl. I, Tit. 17, wenn der Zweck desselben dahin geht, sich durch gemeinschaftlichen Credit die den Mitgliedern als Einzelnen fehlenden Geldmittel zu verschaffen.

Diese rechtliche Natur des Vorschußvereins wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß statutenmäßig unter Zustimmung der Gesellschaft bez. ihrer dazu bestellten Bevollmächtigten neue Mitglieder zugelassen werden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 25. März 1873 (Entscheid. Bd. 69, S. 160. Striethorst, Archiv Bd. 90, S. 103.)

Digitized by Google

B. Deutsche Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 245.)

§ 80 der Gewerbe-Ordnung.

Die Preußische Medicinaltaxe vom 21. Juni 1815 ist durch den § 80 der Gew.-Ordn. nicht aufgehoben.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 11. März 1873 (Entscheid. Bd. 69, S. 165. Striethorst, Archiv, Bd. 90, S. 101.)

§ 108 der Gewerbe-Ordnung.

Streitigkeiten der selbstständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen oder Lehrlingen, die sich auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben beziehen, unterliegen auch dann der Vorentscheidung der Administrativ-Behörden, wenn der Anspruch auf diese Leistungen zu einer Zeit erhoben wird, in der das Arbeits- oder Lehrverhältniß bereits thatsächlich aufgehoben ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin IV. Senat vom 17. Juni 1873 (Entscheid. Bd. 70, S. 138.)

Dagegen wird zur Entscheidung derartiger Ansprüche der ordentliche Richter für competent erachtet in einem:

Erk. des Appellationsgerichts zu Glogau vom 25. April 1874 (Gruchot, Beiträge, Bd. 18, S. 825.)

C. Allg. Deutsche Wechselordnung.

Art. 83 der W.-O.

Die durch Art. 83 der W.-O. gestattete Regreßklage wegen Bereicherung ist in ihrer rechtlichen Begründung durchaus verschieden von der Wechselklage. Die Umwandelung der ursprünglich erhobenen Wechselklage in eine Bereicherungsklage bildet daher eine unzulässige Klageänderung.

Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln v. 31. Jan. 1874 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 65, Abth. I, S. 212.)

Digitized by Google

Art. 83 der W.-O.

Nach Erlöschung des wechselmäßigen Anspruchs in Folge eingetretener Verjährung kann der Acceptant eines Wechsels die Zurückzahlung der empfangenen Deckung an den Zieher, bez. an dessen Gläubiger nicht aus dem Grunde verweigern, weil, solange eine Aushändigung des Wechsels an ihn nicht erfolgt sei, er dem Inhaber desselben gemäß Art. 83 der W.-O. verpflichtet bleibe.

Erk. des Obertribunals zu Berlin V. Senat vom 13. Januar 1874 (Archiv f. Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz Bd. 65, Abth. II, S. 82.)

Digitized by Google

G. Abhandlungen.

XIV.

Die Generalversammlung der Actionäre nach Auflösung der Gesellschaft. Richterforderniß der Einstimmigkeit der Beschlüsse namentlich zur Ermächtigung der Liquidatoren, unbewegliches Eigenthum freihändig zu verkaufen.

Von Herrn Kammergerichtsrath Keyßner in Berlin.

Der Zeit der Gründungen der Actiengesellschaften ist jetzt die Zeit der Liquidirung gefolgt.*) Zu unterscheiden sind hier wirthschaftlich diejenigen Liquidationen, welche lediglich, wie seiner Zeit die Gründungen, als eine Geldspeculation betrieben werden, von denen, welche das unhaltbare Unternehmen wieder auflösen oder doch aus dem ungeeigneten Betriebe durch eine Actiengesellschaft in die thätige Hand eines Einzelnen zurückführen.

Bei den ersteren verliert der unerfahrene geängstigte Actionär, indem er um jeden Preis verkauft, wie er seiner Zeit hoffnungstrunken um jeden Preis kaufte; wogegen der sacherfahrene Aufkäufer der Actien, oder das zu solchem Zweck zusammengetretene Syndicat berechnet, daß gegen den gedrückten Curs bei der schließlichen Vertheilung ein Gewinn erzielt werden müsse, und sonach einen Entgründungsgewinn zieht.

Bei den Liquidationen der zweiten Art soll so viel als noch möglich gerettet werden; es wird eine Gesundung der Verhältnisse angestrebt. Schwerlich sind die Liquidationen der ersten Art die Ausnahme; überwiegend liegt die Liquidation in der Nothwendigkeit, in einer anzuerkennenden Zweckmäßigkeit zur Wohlthat der Actionäre.

*) Keyßner, Actiengesellschaften, S. 184, Anlg. 39, S. 269, Anlg. 49.

Digitized by Google

Häufig bietet dann wieder die zweckmäßige Liquidation, in deren Verlauf der Curs der Actien weiter sinkt oder gedrückt wird, zum vortheilhaften Aufkäufen von Actien Gelegenheit, dergestalt, daß auch die zweckmäßige Liquidation als ein Manöver erscheint.*)

Nur die ruhige Achtsamkeit, eine Prüfung der Sachlage, unabhängig vom augenblicklichen Curse der Actien, kann hier gegen weitere Verluste schützen.

Gewiß werden bei den Liquidationen wieder Entgründungsfehler gemacht, nicht überall mit Offenheit und Reinheit verfahren werden; im Allgemeinen sind aber die Auflösungen der Actiengesellschaften mit Freude zu begrüßen; trat eine Gesellschaft in Liquidation, so wird sich eine möglichst schleunige Abwickelung des Verfahrens empfehlen. — Die Eile der Gründungen trieb seiner Zeit rasch über die Bedenken, welche aus dem Gesetz entnommen werden konnten, hinweg; es wurden die Auslegungen gefunden, welche schleunig und bequem zum Ziel hinförderten; jetzt ist im Rückschlage die Zeit der Bedenklichkeiten gefolgt, welche bei schwankender Gesetzesauslegung zu der Gefahr der Unsicherheit der Rechtsverhältnisse führen, störend und hemmend und damit Verlust bringend eingreifen.

Gegen eine solche Bedenklichkeit sei im Nachstehenden rasch angekämpft.

Es bestimmt Art. 244 des H.-G.-Bs.:

§ 1: Die Liquidation geschieht durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluß der Actionäre an andere Personen übertragen wird.

§ 2: Es kommen die bei der offenen Handelsgesellschaft über die Anmeldung und das Rechtsverhältniß der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen auch hier zur Anwendung, mit der Maßgabe, daß die Anmeldungen behufs der Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu machen sind.

---

*) Es sei hier auf das lebensvolle Bild hingewiesen, welches Hecht, die Credit-Institute auf Actien und auf Gegenseitigkeit S. 1 ff. entwirft; ferner auf die Auslassung der Geh. Commerzienräthe Warschauer und Meyssen vor der Spezialcommission zur Untersuchung des Eisenbahnconcessionswesens. Preußisches Haus der Abgeordneten 12 Legislatur-Periode, 1. Session 1873—1874, Nr. 11, Anlage C. S. 78 ff. 85, 307 ff.

Digitized by Google

§ 3. Die Bestellung der Liquidatoren ist jederzeit widerruflich.

Der § 1 setzt den Eintritt der Actiengesellschaft in Liquidation voraus; es steht aber noch laut Handelsregister die Actiengesellschaft in Lebenskraft. Kein Zweifel wird deshalb laut, wie die Actionäre den Beschluß, betreffend die Bestellung von Liquidatoren, zu fassen hätten. Allerseits ist man dahin einverstanden, daß hierzu ein Mehrheitsbeschluß der ordnungsmäßig berufenen Generalversammlung kräftig sei.

Stirbt nun im Laufe der Liquidation einer der Liquidatoren, wie soll derselbe ersetzt werden? Rasch und ohne Bedenken wird uns die Antwort ertheilt: durch die Generalversammlung.

Daß hiermit ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung gemeint sei, wird dann als selbstverständlich zugegeben. Bleiben diese Antworten maßgebend, so ist damit allgemein anerkannt, daß die Actiengesellschaft mit dem Eintritt in die Liquidation nicht zerschlagen in eine Masse von Gemeinschaftern, den früheren Actionären, aufgelöst sei; viele Bedenklichkeiten sind erledigt; aber da das Handelsgesetzbuch der Generalversammlung einer liquidirenden Actiengesellschaft nicht Erwähnung thut, so wird deren Vorhandensein und Möglichkeit verneint.

Für die Praxis im Gebiet des Handelsgesetzbuches kann jetzt diese Frage als erledigt bezeichnet werden; auch nach Auflösung der Actiengesellschaft verbleibt die Generalversammlung als Organ der Actionäre. *)

Zum Beweise sei nachstehend eine Verfügung des Reichsoberhandelsgerichts vom 6. Februar 1875 mitgetheilt.

Zuerst ist daselbst ausgeführt, daß die Terminologie der Concursordnung vom 8. Mai 1855, woselbst für den Concurs über das Vermögen einer Actiengesellschaft im § 231 bestimmt ist:

*) Diese Ansicht ist bereits früher vertreten worden; v. Hahn, Commentar, 2. Abthlg. Bd. 1, S. 669; Puchelt, Commentar, S. 450; Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft (Berlin 1870) S. 133, Abs. 135; Commentar zum Handelsgesetzbuche in „die Börsen-Papiere" (Berlin 1874) S. 443, Abs. 122, 123. Schwankend, Auerbach „das Actienwesen" S. 305. Mit dem Erforderniß der Einstimmigkeit ist der Majoritätsverband (Bekker in der Ztschrft. für das gesammte Handelsrecht Bd. 16, S. 72) verkannt, und damit die Generalversammlung zu einer Vereinigung Einzelner gemacht. — Dagegen Renaud, Actienrecht, S. 756, 766, 768.

Digitized by Google

Ein Accord kann nicht geschlossen werden.

die Commanditgesellschaften auf Actien begrifflich nicht von dem Accorde ausschlössen. *) Als Gemeinschuldner, welcher nach § 181 a. a. O. den Accordantrag zu stellen habe, könne aber bei der Commanditgesellschaft auf Actien nicht der persönlich haftende Gesellschafter allein, sondern nur in Gemeinschaft mit der Gesammtheit der Commanditisten angesehen werden, da mit der Auflösung der Gesellschaft die nur für deren Dauer dem Complementar verliehene Befugniß zur ausschließlichen Geschäftsführung und Verfügung über das Gesellschaftsvermögen hinfällig geworden sei. (Art. 133, 172, 205 des H.-G.-Bs.).

Hiernächst wird berichtet, daß eine ordnungsmäßig einberufene Generalversammlung der Commanditisten durch einen den statutarischen Bestimmungen entsprechenden Mehrheitsbeschluß nicht blos diejenigen Personen erwählt habe, welche in Gemeinschaft mit dem Complementar die Gesellschaft bis zur erfolgten Vertheilung des Gesellschaftsvermögens zu vertreten habe und dieses Vermögen verwalten solle, sondern auch dem vom Complementar gemachten Accordantrage beigestimmt und sich im Voraus mit den Abänderungen einverstanden erklärt habe, unter welchen derselbe die gerichtliche Bestätigung erlangen möchte.

„Hierdurch ist, heißt es weiter, dem Erfordernisse des Beitrittes der Commanditisten zu dem Accordantrage genügt.

Die von den Vorinstanzen vertretene Auffassung, wonach die Auflösung der Gesellschaft durch Concurseröffnung die bisherige Organisation der Gesellschaftsfactoren, insbesondere die Ausübung und Erschöpfung der Rechte der Commanditisten in Betreff der Geschäftsführung durch deren Gesammtheit mittelst statutarischer Mehrheitsbeschlüsse in der Generalverlammlung, derartig definitiv zerstört sein soll, daß nunmehr nur noch alle einzelnen Commanditisten als Antheilsberechtigte an der Debitmasse in Betracht kommen, erscheint nicht begründet. Auf die Art. 123 und 200 des H.-G.-Bs. kann diese Auffassung nicht gestützt werden, da hier der Concurs nur allen sonstigen Auflösungsgründen gleichgestellt

*) Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft S. 133; Deutsches Handelsblatt 1873, Nr. 43, S. 344, 1874, Nr. 45, S. 467; Puchelt, Commentar S. 450.

Digitized by Google

wird. Die Thatsache der Auflösung beendigt aber nur die productive Seite der Gesellschaft, während letztere mit selbständiger Persönlichkeit bis zur Vertheilung ihres Vermögens nach Tilgung ihrer Schulden erhalten bleibt. (Vgl. Art. 144, 172, 205 des H.-G.-Bs.). Während dieses Liquidationszustandes existiren diejenigen Organe in ihrer Functionirung weiter, welche während des Bestehens der Gesellschaft existirten, soweit sie nicht wie der Vorstand einer Actiengesellschaft als solcher, resp. der Complementar als ausschließlicher Geschäftsführer in Folge der Wegfalls des Mandats mit dem Wesen der Liquidation im Widerspruch stehen; vgl. Art. 172, 205, 249 des H.-G.-Bs. und durch die betreffenden Organe allein manifestirt sich in Betreff des Liquidationsgeschäfts der Wille der einzelnen Betheiligten. Das gilt insbesondere auch in Betreff der Generalversammlungen, ohne deren Fortdauer weder eine Abberufung von Liquidatoren, vgl. Art. 140, 137 a. a. O. noch eine Rechenschaftslegung und Dechargirung derselben ausführbar wäre.

Daß hierbei die Commanditisten nicht einzeln, sondern vermöge ihrer Concurrenz gebunden im Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung in Betracht kommen, soweit es sich nicht um Rechte handelt, die ihrer materiellen Natur nach Individualrechte sind, ergiebt sich aus Art. 205 und den im Art. 172 in Bezug genommenen Art. 144 bezw. 186, vgl. bei Actiengesellschaften Art 244 u. § 49 des Bundesgesetzes über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Juli 1868; v. Hahn, Bd. 1, S. 426 zu Art. 205 S. 476 zu Art. 244, Anschütz und v. Völderndorff, Bd. 2, S. 470. Auerbach, das Actienwesen, S. 303 ff. 310 ff. Daß dieses Verhältniß durch eine Concurseröffnung eine Abänderung erleide, weil es in Art. 133 a. a. O. heißt:

„nach Auflösung der Gesellschaft außer dem Fall des Concurses derselben erfolgt die Liquidation."

läßt sich nicht mit Grund behaupten.

Im Wesen des Concurses liegt diese Aenderung nicht begründet, die Liquidation des Art. 133 ff. a. a. O. ist die Versilberung des Gesellschaftsvermögens zum Zweck der Vertheilung unter die Gesellschafter und diese Vertheilung selbst, sowie die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, vgl. Art. 137. 141. 142 a. a. O.,

Digitized by Google

da die Vertheilung an die Gesellschafter nicht vor Befriedigung der Gläubiger erfolgen kann, so geschieht die Liquidation allerdings auch im Interresse der Gläubiger. Daß sie aber nicht ihren Grund in diesem Interesse hat, ergiebt sich daraus, daß der Gläubiger sie, wenn die Gesellschafter einen andern Auseinandersetzungsmodus belieben, nicht erzwingen könne.

Die im Concurse liegende Zwangsliquidation bezweckt lediglich die Befriedigung der Gläubiger — vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 4 S. 320 — und wird in ihrem Umfange durch diesen Zweck begrenzt. Mit erfolgter Schlußvertheilung an die Gläubiger ist der Concurs aufzuheben. Vgl. §§. 272 ff. Concursordnung.

Bleibt nach dieser Schlußvertheilung, resp. nach Befriedigung sämmtlicher Gläubiger noch Vermögen übrig, oder bewilligen sämmtliche Gläubiger, die ihre Forderung angemeldet haben, die Aufhebung des Concurses, so hat das Concursgericht mit der Vertheilung der frei gewordenen Masse unter die Gesellschafter nichts zu thun. Der Concursverwalter ist in diesem Sinne nicht Liquidator und zur Einziehung noch außenstehender Aktiva oder rückständiger Einlagen nicht legitimirt. Vgl. auch Renaud, das Recht der Actiengesellschaften S. 765. Erachtet man aber die Rechte der Commanditisten aus ihrer Gebundenheit durch den Concurs gelöst und ihre Einstimmigkeit zu allen ferneren für die Gesammtheit erforderlichen Maßregeln erforderlich, so ist Ausantwortung der Masse, Bestellung eines Organs zur Vertheilung und zur Einziehung noch vorhandener Activa und Einlagerückstände, sowie diese Vertheilung und Einziehung selbst in diesen Fällen unausführbar.

Die Natur der Sache und das Wesen des Concursverfahrens sprechen daher nicht für, sondern gerade gegen die von den Veräußerungen vertretene Auffassung.

Aus welchem Rechtsgrunde durch ein lediglich im Interesse der Befriedigung der Gläubiger angeordnetes Verfahren die an sich während des Stadiums der Versilberung des Gesellschaftsvermögens im Zustande der Gebundenheit verbleibenden Rechte der Commanditisten zu lauter Individualrechten werden sollten, ist in der That nicht ersichtlich.

Digitized by Google

Noch während des Concurses ist eine Fortdauer der eigenen Gesellschaftsorgane erkennbar und erforderlich.

Dem Cridar stehen auch in dem Concurse in verschiedenen Fällen wirksame Rechte zu. Vgl. §§ 160, 274, 279 der Concursordnung. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 281 a. a. O. üben diese Rechte bei Actiengesellschaften der Vorstand bezw., soferne der Concurs erst nach eingetretener Liquidation der Gesellschaft ausgebrochen, die Liquidatoren aus. Noch weiter gehende Rechte übt bei Genossenschaften der Vorstand im Falle des Concurses aus. Vgl. §§ 52, 55, 58 des Gesetzes vom 4. Juli 1868. Der Art. 133 des Handelsgesetzbuches will, indem er den Concurs als Ausnahme hinstellt, nur sagen, daß das Concursverfahren jedes anderweitige Liquidationsverfahren soweit absorbire, als mittelst des Concursverfahrens die Versilberung des Gesellschafts-Vermögens und seine Vertheiluug — an die Gläubiger — endgiltig vollzogen wird, während es durchaus nicht ausschließt, daß, falls nach Beendigung des Concursverfahrens noch Gesellschaftsvermögen vorhanden, die bisherigen, in ihren Functionen während des Concurses ruhenden, aber auch in dieser Zeit nicht einmal von jeder Thätigkeit ausgeschlossenen Gesellschaftsfactoren zur Aufnahme des Liquidationsgeschäfts im Sinne des Handelsgesetzbuches schreiten. Vgl. übrigens v. Hahn zu Art. 122 des Handelsgesetzbuches §§ 8 und 9 S. 304. 305 zu Art. 123 § 2 S. 314. Entwurf der Gemeinschuld-Ordnung §§ 221, 223. Motive Bd. 2 S. 144 ff. 211 ff. — — Die Einleitung des Accordverfahrens ist hiernächst angeordnet.

Man wird sich hiernach der Ueberzeugung nicht ferner verschließen wollen, daß nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs die Auflösung der Commanditgesellschaft auf Actien oder der Actiengesellschaft, sei dies Behufs Eintritts in Liquidation oder als Folge der Concurseröffnung, die Actionäre in ihrer statutarischen Vereinigung beläßt. Die Actionäre werden nicht zu Gemeinschaftern mit einem durch Widerspruch jeden Beschluß hindernden Einzelwillen, wie dies bei der offenen Handelsgesellschaft der Fall; vielmehr sind die Actionäre nach wie vor Auflösung der Gesellschaft in die Generalversammlung gewiesen, dort steht der Einzelne dem Einzelnen gegenüber mit gesonderten Ansichten und

Digitized by Google

Willen; hier ist der Ort die einzelnen Ansichten, durch die Kraft der Ueberzeugung, Thatsachen und Beredsamkeit zu der der Mehrzahl zu machen, welche dann in der Abstimmung die Stimmen der Minderheit in sich verbirgt, verschwinden läßt und den Beschluß als den nur möglichen einen Willen der Actionäre darstellt.*)

Unmittelbar daran schließt sich als nothwendige Folge, daß auch der Aufsichtsrath in Wirksamkeit bleibt, und durch Neuwahl zu ergänzen ist. Die Actionäre bleiben also eine wohlorganisirte Körperschaft.

Hiermit sind aber noch nicht alle Bedenklichkeiten gehoben Nach Art. 244 § 2 des H.-G.-Bs. sollen die bei der offenen Handelsgesellschaft über das Rechtsverhältniß der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen auch auf die Liquidatoren der Actiengesellschaft Anwendung finden. Sei nun unter Rechtsverhältniß verstanden der Inbegriff thatsächlicher Beziehungen und Einrichtungen, welche ihrem Wesen nach in gleichartiger Beschaffenheit ausgebildet, die Grundlagen der zum Rechtsinstitut zusammengeschlossenen Rechtsregeln ausmachen**), so wird Mancher daraufhin Buch 2 Tit. 1 Abschnitt 5 „Von der Liquidation der Gesellschaft" ohne Weiteres in den Tit. 3 Abschnitt 4 hineinnehmen wollen. Nun steht im Art. 133 des H.-G.-Bs., daß die Ernennung von Liquidatoren nur durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter erfolgen kann; man wird also die Schlußfolgerung hören, ein einstimmiger Beschluß der Generalversammlung sei erforderlich.

Doch hier war bereits oben aus Art. 244 § 1 des H.-G.-Bs. anerkannt, daß das Gesetz nur einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung verlange, entsprechend dem Art. 205 des H.-G.-Bs. für die Commanditgesellschaft auf Actien. Anlangend dagegen den Art. 244 § 3 des H.-G.-Bs., so ist dort nur die jederzeitige Widerruflichkeit der Bestellung der Liquidatoren anerkannt, und nicht wie im § 1 ein einfacher Beschluß der Actionäre erwähnt, also wird gefolgert: da Art. 134 § 1 bestimme:

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter,

*) „Erhaltung der Handelsgesellschaft" (Berlin 1870) S. 133 und Abs. 135.

**) Beseler, deutsches Privatrecht, 3. Aufl. S. 78.

Digitized by Google

so könne die Abberufung der Liquidatoren einer Actiengesellschaft nur durch einstimmigen Beschluß der in der Generalversammlung anwesenden oder vertretenen Actionäre erfolgen. Von der Zustimmung sämmtlicher Actionäre solle nach Analogie des Art. 215 § 2 des H.-G.-Bs. und der davon durch v. Hahn, Commentar zu Art. 215 § 2 gegebenen Auslegung abgesehen werden.

Ebenso deutlich wird Einstimmigkeit erfordert durch Art. 137 § 2:

> Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden,

woraus dann gefolgert wird, daß, falls nicht etwa das Statut erleichtert, die liquidirende Commanditgesellschaft auf Actien und Actiengesellschaft unbewegliche Sachen nur unter einstimmiger Zustimmung sämmtlicher Actionäre, oder doch der in der betreffenden Generalversammlung anwesenden Actionäre freihändig durch die Liquidatoren verkaufen könne.

Bereits die große Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit, einen freihändigen Verkauf zu bewerkstelligen, muß diese Auslegung, diese Verbindung der getrennten Gesetzesbestimmungen bedenklich erscheinen lassen; und in der That glaube ich sie als unrichtig nachweisen zu können.

Der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches hatte bezüglich der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter gegeneinander als Grundsatz angenommen, daß die Beschlüsse der Gesellschafter nach Stimmenmehrheit gefaßt und die Mehrheit nach Köpfen bestimmt werden sollte. Dieser Grundsatz war dann auch für die Liquidation durchgeführt; hier aber die Ausnahme gemacht:

> Art. 131 § 2. Die Veräußerung von Grundstücken oder von anderen unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden.

Die Nürnberger Commission verwarf das System der Mehrheitsbeschlüsse für die offene Handelsgesellschaft und bekannte sich für das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit, welches dann auch für die Liquidation durchgeführt wurde.*) Nur Einstimmigkeit der

*) v. Hahn, Commentar zu Art. 102, 103. Keyßner, die Liquidation

Digitized by Google

Gesellschafter beherrscht den Liquidator. Dem entsprach der Art. 132 § 2 des preußischen Entwurfes und es ging derselbe deshalb wesentlich unverändert in Art. 137 § 2 des Handelsgesetzbuches über.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, indem es die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter erforderte, legte hiermit durchaus keine erschwerende Bedingung für die Fassung dieses einzelnen Beschlusses auf, sondern beschränkte die Liquidatoren nur dahin, daß ein freihändiger Verkauf außerhalb ihrer Liquidationsvollmacht liegen solle; hiezu sollten sie der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen. Nach dem Systeme des Handelsgesetzbuchs konnte diese Zustimmung dann bei der offenen Handelsgesellschaft nicht anders als einstimmig ertheilt werden und die Nürnberger Commission konnte es unbedenklich finden, für die offene Handelsgesellschaft das Erforderniß der Einstimmigkeit nochmals in Erinnerung zu bringen.

Es ist hinach ungerechtfertigt, auf das Wort „sämmtlichen" im Art. 137 § 2 einen Nachdruck zu legen. Lautete der Art. 137 § 2 dahin:

> „die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der Gesellschafter nicht anders als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden,"

so wäre dasselbe gesagt; ja es hätte dahin gefaßt werden können:

> „die Veräußerung unbeweglicher Sachen kann durch die Liquidatoren nicht anders als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden,"

Von keiner Seite wäre dann in Zweifel gezogen worden, daß den Liquidatoren sowohl für den einzelnen Verkauf, wie allgemein von den Gesellschaftern, Gemeinschaftern, die Ermächtigung hätte ertheilt werden können, unbewegliches Eigenthum freihändig zu verkaufen, selbstverständlich unter Einstimmigkeit der Gemeinschafter.

Eine weitere Folgerung aus diesem Erforderniß der Einstimmigkeit hätte nicht gezogen werden können.

Der im Art. 137 § 3 enthaltene Rechtssatz lautet hiernach dahin:

---

der offenen Handelsgesellschaft § 2, S. 25; Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht, Bd. 10, S. 333.

Digitized by Google

„die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der Geschäftsherren (Prinzipale) nicht anders als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden."

Die Zustimmung erfolgt dann, wie sich dies nach den verschiedenen Gesellschaftsformen ergiebt, bei der offenen Handelsgesellschaft und der Commanditgesellschaft durch die Zustimmung aller Gesellschafter und unter ihnen der Commanditisten; bei der Commanditgesellschaft auf Actien durch den Complementar und einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung der Commanditactionäre; bei der Actiengesellschaft durch einen Mehrheitsbeschluß der Actionäre.*)

Daß im Art. 137 §. 2 die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter erfordert wird, liegt ausschließlich im Rechtsverhältniß der Gesellschafter, nicht in dem der Liquidatoren, und kann deshalb die Einstimmigkeit aus der offenen Handelsgesellschaft in die Commanditgesellschaft auf Actien und der Actiengesellschaft nicht hineingetragen werden.

In gleicher Weise erledigt sich das Erforderniß der Einstimmigkeit für die Abberufung der Liquidatoren; folgerecht kann auch der etwa durch den Richter zu bestellende Liquidator einer Commanditgesellschaft auf Actien oder einer Actiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung abberufen werden.

Es ist hiermit nicht das Problem gelöst, sämmtliche und Mehrzahl, sowie Einstimmigkeit und Ueberwiegen der Stimmzahl gleichzumachen; es ist vielmehr der Stimmeneinhelligkeitsverband lediglich dem Majoritätsverband gegenübergestellt.

*) Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft, S. 135, Abs. 135; Deutsches Handelsblatt 1874, Nr. 52, S. 519; Puchelt, Commentar zu Art. 244, S. 450.

Digitized by Google

XV.

Bemerkungen über die von den Maklern aufgestellten Course der Werthpapiere.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Friedr. Meier in Bremen.

Der Cours der Werthpapiere, wie er von den vereinigten Maklern aufgestellt wird, ist nicht als ein officieller anzusehen. Er gewährt nicht eine richtige Anschauung, wenigstens nicht unter allen Umständen. Denn es werden nur die Angebote der Verkäufe („Brief") und die Angebote der Reflectanten („Geld") notirt, und ebenso der Cours, zu dem ein Geschäft an der Börse abgeschlossen ist, oder, wenn mehrere zu verschiedenen Zeiten, der Durchschnittscours, so daß die nicht an der Börse selbst zu Stande gebrachten Geschäfte gar keine Berücksichtigung finden. Es kann daher während der Notirung sehr wohl vorkommen und kommt häufig vor, daß ohne äußere Veranlassung Jemand, der unter der Hand billiger gekauft hat, erheblich über das bisherige Gebot, zu dem er ankommen könnte, macht, um eine erhöhte Notirung zu bewirken und zu dem erhöhten Course wieder loszuschlagen.

Digitized by Google

XVI.

Der Rückkauf eigener Actien, Capitalsreduction und Actienliberirung.*

Von Herrn Advocat Dr. Berthold Geiger zu Frankfurt a/M.

Mein erster Aufsatz über diesen Gegenstand war bereits längst vollendet und abgesandt, als sich am 18. März 1874 auch das hiesige Appellationsgericht über die einschlägige Frage und zwar im entgegengesetzten Sinne, d. h. für die Zulässigkeit des Rückkaufs zum Zwecke der Capitalsreduction aussprach. — Inzwischen ist das Kreisgericht und das Appellationsgericht in Cassel der strengeren Ansicht beigetreten und hat in Sachen der hessischen Bank zu Cassel dieser den Eintrag eines darauf abzielenden Beschlusses verweigert. Die fragliche Bank soll sich an das Reichsoberhandelsgericht gewendet, dieses soll sich jedoch für incompetent erklärt haben, weil die Führung des Handelsregisters eine Justizverwaltungssache sei und daher in letzter Instanz der Entscheidung des Justizministers unterstände. Ob dieses Erkenntniß des obersten deutschen Reichsgerichts in dieser Form erlassen worden ist, bleibe dahin gestellt; ebenso wie die Untersuchung der Frage auf sich beruhen bleiben kann, wie ein solcher Beschluß mit den von demselben Gericht am 4. Januar resp. am 24. Septbr. 1873 (Entsch. Bd. 8, S. 337, Bd. 10, S. 437) erlassenen Urtheilen formell nnd materiell in Uebereinstimmung zu bringen wäre. — Denn in jenen beiden Urtheilen hat das Reichsoberhandelsgericht entgegen den Vorinstanzen die Eintragung von Verhältnissen in das Handelsregister verfügt, in dem einen Falle sogar, obgleich das (Lippe-Detmoldische) Einführungsgesetz, bezw. die zu demselben erlassene Instruction die dritte Instanz ausdrücklich ausschließt. Indeß mag dem sein wie ihm wolle, der oberste Gerichtshof hat die principielle Entscheidung der Frage abgelehnt und die Frage selbst bleibt demnach eine offene. Unter solchen Umständen ist jedes mit Gründen versehene richterliche Erkenntniß über diese viel bestrittene Frage von Interesse und mag darum das Urtheil des Appellationsgerichts zu Frankfurt a/M. in der bereits erwähnten

*) Vgl. Bd. V, N. F. S. 10 des Archivs.

Digitized by Google

Angelegenheit der östreichisch-deutschen Bank hier seine Stelle finden. Dasselbe lautet in seinem wesentlichen hierher gehörigen Theile:

„Es fragt sich, ob die Amortisation eigener Actien etwa nach Art. 248 des Ges. vom 11. Juni 1870 und unter Beobachtung der dortselbst enthaltenen besonderen Bestimmungen an sich zulässig erscheint?

„Diese Frage ist entgegen der Ansicht des Stadtgerichts zu bejahen.

„Der Art. 248 gestattet im Allgemeinen die Herabsetzung des Grundcapitals einer Actiengesellschaft, falls besondere, die Rechte der Actionäre und der Gläubiger wahrende Vorschriften eingehalten worden sind. Ueber die Art und Weise, in welcher die Herabsetzung bewirkt werden kann, enthält das Handelsgesetzbuch, sowie das Gesetz vom 11. Juni 1870 keine Bestimmung.

„Wenn nun auch nicht angenommen werden kann, daß die Amortisation eigener Actien den einzigen Weg bilde, um eine Herabsetzung des Grundcapitals einer Actiengesellschaft herbeizuführen, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Amortisation eigener Actien als ein zu diesem Zwecke sehr geeignetes Mittel erscheint, und zwar als ein Mittel, das, falls die weiteren Bestimmungen des Art. 248 von den Betheiligten eingehalten werden, die Rechte der Gläubiger nicht schädigt und für die Rechte der Actionäre von wesentlichem Vortheile sein kann.

„Ferner ist einzuräumen, daß die Zulässigkeit der Amortisation eigener Actien die rechtliche Möglichkeit für die Gesellschaft voraussetzt, diese Actien für sich erwerben zu können.

„Das Stadtgericht vermeint indessen, daß die Vorschrift des Art. 215 des Ges. vom 11. Juni 1870 „die A. G. darf eigene Actien nicht erwerben" einem solchem Erwerbe ein absolutes Hinderniß entgegen setze.

„Es darf jedoch mit Grund bezweifelt werden, ob dieses der Wille und die Absicht des Gesetzgebers bei Emanation der Handelsrechts-Novelle gewesen ist.

„Zu Bedenken bezüglich des absoluten Charakters jenes Verbots giebt namentlich schon der Umstand Veranlassung, daß in demselben Absatze die Amortisation eigener Actien für den Fall gestattet wird, daß dieselbe durch Gesellschaftsvertrag oder wenigstens

Digitized by Google

vor Hinausgabe der Actien durch Beschluß der Gesellschaft ausdrücklich zugelassen worden ist, indem die Motive eine derartige Operation als eine im Voraus angekündigte allmälige Auflösung der Gesellschaft ansehen.

„Eine Amortisation, führen die Motive weiter aus, welche nach Ausgabe der Actien beschlossen wird, ist nichts Anderes, als der Ankauf eigener Actien und eine hiermit verbundene Zurückzahlung des Actiencapitals.

„Hieraus aber ist zu folgern, daß, wenn die Amortisation zum Zwecke der Minderung des Grundcapitals der Gesellschaft erfolgen soll und wenn hierbei die im Art. 248 des Ges. vom 11. Juni 1870 getroffenen Bestimmungen im einzelnen Falle gewahrt werden, auch das in Betreff der Amortisation eigener Actien erlassene Verbot nicht Platz zu greifen hat.

„Ein zutreffendes Analogon für diese Ansicht bietet das Verbot des Abs. 3 des Art. 207a, wonach der Nominalbetrag der Actien während des Bestehens der Gesellschaft nicht vermindert werden darf. Gleichwohl unterliegt es nach den Motiven keinem Zweifel, daß, falls die im Art. 248 für die Herabsetzung des Grundcapitals vorgesehenen schützenden Maßnahmen gewahrt worden sind, auch der Nominalbetrag einer Actie bis zum Belaufe von 50 bezw. 100 Thlr. gemindert werden kann.

„Hiernach stellt sich die Bestimmung des Art. 248 als eine selbstständige für den dort erwähnten Fall der theilweisen Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundcapitals ausdrücklich gegebene und somit von dem Verbote des Art. 215, Absatz 3 nicht betroffen dar.

„Erwägt man endlich, daß auch Art. 220, Abschn. 2 den Erwerb eigener Actien für die Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen gestattet; muß man unbedenklich zugestehen, daß einer Actiengesellschaft der Erwerb ihrer eigenen Actien verständiger Weise eben nicht untersagt sein kann, wenn diese Actien das einzige Executionsobject eines zahlungssäumigen Schuldners der Gesellschaft bilden, so ergiebt sich weiter, daß dem Verbote des Art. 215, Abs. 3 eine absolute Bedeutung nicht innewohnt und die Bestimmung des Gesetzes mit Rücksicht auf die Umstände, welche dasselbe seiner Zeit ins Leben riefen, nur dahin aufzufassen ist, daß der

Digitized by Google

Gesellschaft der Erwerb eigener Actien zum Zweck der Speculation schlechtweg untersagt sein soll."

Auf Grund dieser Ausführungen weißt das Urtheil an der Hand der thatsächlichen Verhältnisse nach, daß der Beschluß der Bank auch formell richtig gefaßt sei, und daß demselben der Eintrag in das Handelsregister nicht versagt werden könne, jedoch müsse das Stadtgericht darüber wachen, daß die 20,000 Stück Actien, welche zum Zwecke der Capitalsverminderung bereits angekauft waren, nach Jahresfrist vernichtet würden und zu diesem Behufe durch Anlegung gerichtlicher Siegel jeden Mißbrauch verhüten.

Das Urtheil basirt demnach auf den beiden Sätzen, daß Art. 248 gewissermaßen eine Ausnahme des Art. 215 darstelle und ferner, daß das Verbot des letzteren sich nur auf den Speculations-Rückkauf beziehe. Zur Bekräftigung dieser beiden Rechtsgrundsätze werden Analogieen hervorgehoben, bezw. wird an practischen Beispielen nachzuweisen versucht, daß der Art. 215 eine absolute Bedeutung weder haben könne noch wolle. Trotz aller dieser Ausführungen kann ich nur bei der bereits (Bd. 30, S. 10) ausführlich erörterten Ansicht beharren. Der Behauptung nämlich, daß Art. 248 eine Ausnahme der in Art. 215 ausgesprochenen Regel bilde, fehlt es an allem und jedem Beweise. Spricht hierzegen schon der Umstand, daß die beiden Artikel in ganz verschiedenen Abschnitten sich befinden, daß sie, was sonst ganz allgemein im Handelsgesetzbuch geschieht, auf einander nicht hinweisen, so kommt anderseits noch der Umstand hinzu, daß man den Worten des Art. 248 geradezu Gewalt anthun muß, um in denselben den Sinn hinein zu interpretiren, welchen das Appellationsgericht hinein legt. Denn der fragl. Artikel spricht von einer theilweisen Zurückzahlung an die Actionäre, d. h. also an alle einzelnen Besitzer von Actien, nicht aber an einige wenige Privilegirte und ferner von einer Herabsetzung des Grundcapitals, welche in der gesetzlich vorgeschriebenen Form stattfinden muß. Soweit diese Herabsetzung etwas von der Rückzahlung Verschiedenes ist, so sind darunter eine ganze Anzahl von Fällen zu verstehen, z. B. Reduction des Grundcapitals auf das wirklich eingezahlte Actiencapital; oder Herabsetzung desselben und Abschreibung pro rata auf die einzelnen Actien bei enormen Verlusten in einem Jahre

Digitized by Google

u. dgl. m. — Ebenso unrichtig ist die Behauptung, daß das Verbot des Art. 215 sich nur auf den Speculationsrückkauf beziehe, ja diese Behauptung ist nicht nur unrichtig und im Gesetze nirgends begründet, sondern im höchsten Grade gefährlich, indem sie im einzelnen Falle dem Richter gegen den Wortlaut des Gesetzes das Recht zuerkennen würde, thatsächlich zu prüfen, ob hier Speculation oder was sonst vorliege. — Die Motive auf die das Urtheil sich beruft, beweisen aber das Gegentheil, sie sprechen ganz absolut aus:

> Ein derartiger Ankauf steht mit dem Wesen der A. G. nicht im Einklange . . . Die Gesellschaft kann nicht zugleich als eine von den Actionären zu unterscheidende Persönlichkeit und dann wiederum selbst als Actionär erscheinen.

Man wird einwenden, dieser letztere Uebelstand trete ja in einem solchen Falle nicht ein, in dem die Actien zum Zweck der Reduction des Capitals und der Vernichtung der Documente erworben worden seien. Dies ist jedoch nur sehr theilweise zutreffend. Denn jener Beschluß tritt ja erst nach einem Jahre in Wirksamkeit und welcher Unfug kann in einem solchen Zeitraume mit den fragl. Actien getrieben werden. — Das Urtheil fühlt dies und greift zu einem gesetzlich weder vorgeschriebenen, noch auch nur gestatteten Mittel, indem es dem Richter die Aufgabe zuweist, die zukünftige Vernichtung zu sichern und zu überwachen. — Eine solche Stellung des Richters ist aber dem Geiste des Handelsgesetzbuchs direct entgegen. Der Richter hat zwar ex officio darauf zu achten, daß das Gesetz befolgt werde, aber nur in formaler Beziehung; er hat den Eintrag einer Handelsgesellschaft in das Handelsregister nöthigenfalls zu erzwingen, ob die Gesellschafter aber Bücher führen, Inventar errichten u. dgl. m. geht ihn Nichts an; es genügt für ihn, wenn ihm eine Bescheinigung über Zeichnung des Capitals und Einzahlung von 10 Proc. vorgelegt werde, ob diese Bescheinigung materiell in Ordnung sind, das zu prüfen, liegt gänzlich außer seiner Cognition. Mit welchem Rechte soll nun der Richter die Ausführung eines derartigen Beschlusses persönlich überwachen? — Aber auch diese ganz unbegründete Vorsichtsmaßregel verfehlt ihren Zweck. Vernichtet dürfen diese Actien während eines Jahres nicht werden; sie bleiben noch Actien. Wenn sie daher trotz gerichtlicher Siegel gestohlen werden oder

Digitized by Google

auf andere Weise für die Zwecke Einzelner dienstbar gemacht werden, wer kann da wohl gegenüber dem Art. 307 des H.-G.-Bs. dem Vorzeiger der Actie etwas in den Weg legen?

Wollte man aber selbst die Richtigkeit des Satzes zugeben, daß nur der Ankauf zum Zwecke der Speculation verboten sei, so müßte man und zwar gerade aus Consequenz auch diesen Ankauf zur Capitalsreduction untersagen, denn derselbe ist ganz besonders und ausschließlich Speculationsgeschäft und zwar ein im eminenten Sinne gefährliches. Dieser Kauf soll auf höchst bequeme Manier ein Deficit verschwinden machen, er soll die Actionäre täuschen, indem er ihnen die Lage der Gesellschaft als absolut gut oder wenigstens als bedeutend gebessert darstellt, während in der Lage der Gesellschaft sich thatsächlich nichts geändert hat und nur die Rechnungsmanipulation etwas anders geworden ist. — Aber der Ankauf selbst ist ja schon in seiner Form eine Speculation; denn mag derselbe an der Börse oder durch öffentliche Aufforderung zur Einreichung von Offerten und daran sich anschließende Erwerbungen vor sich gehen; in beiden Fällen wird die Gesellschaft genöthigt sein, ihre eigenen Actien zu steigern oder zu drücken, und je nachdem den Ankauf fortzusetzen oder zu inhibiren. — Daß endlich ein solcher Massen-Rückkauf gar nicht den eigentlichen Actionären, sondern nur den Leitern der Gesellschaft und damit zugleich den Urhebern dieser neuen Manipulation als ein neuer Gründergewinn zu Gute kommt, ist selbstverständlich. — Ja ich gehe noch einen Schritt weiter. — Ein Jeder, der mit den Börsenverhältnissen selbst nur oberflächlich vertraut ist, weiß, daß fast sämmtliche Actiengesellschaften, namentlich die eigentlichen Banken, fast ausnahmslos in ihren eigenen Actien speculiren, daß sie bei niedrigem Curs stande ihre Actien zusammenkaufen, dieselben treiben und alsdann mit Nutzen realisiren. — Wenn nun aber diese Realisation in Folge unvorhergesehener Umstände zur Zeit und in der nächsten Zukunft nicht nur nicht möglich ist, sondern die Actien sogar bedeutend fallen? Nun dann greift man eben zu dem Strohhalme der Reduction durch den Ankauf eigener Actien, welcher erlaubt sein soll, weil hier eine Speculation nicht vorliege! Das ist aber ein ganz crasser Irrthum. Jener angebliche Rückkauf ist in den meisten Fällen eine glänzende, ja sogar die einzige

Digitized by Google

vortheilhafte Speculation, welche die Bank machen kann. Nehmen wir zur Veranschaulichung einen praktischen Fall. Eine Bank hat 10,000 vollbezahlte Actien à 100 Thlr.; sie hat nach und nach 2000 Stück zum Durchschnittscurse von 96 Proc. angekauft; eine Crisis bricht herein, die Actien fallen auf 80 Proc. Die Bank verliert sonach, wenn sie verkaufen müßte, 2000 à 16 = 32,000. Sie greift daher in ihrer Noth zur Reduction, schreibt die 2000 Stück Actien mit dem Nominalbetrag, d. h. mit 200,000 Thlr. ab und hat somit, wenn auch nur auf dem Papiere 2000 × 4 gewonnen. — Manchmal schreibt die Bank die Differenz als Gewinn in den Reservefond, ebenfalls eine leere Formalität, die sich auf dem Papiere vollzieht und der Bilanz ein schönes Aussehen zu geben im Stande ist.

Der angebliche Rechtsgrundsatz, daß der Ankauf eigener Actien der A. G. nur zum Zwecke der Speculation verboten sei, führt aber auch zu den allersonderbarsten Folgerungen. Das absolute Verbot des Art. 215 hat einen Nachtheil; es läßt sich nämlich nicht durchführen und erzwingen, die Gesellschaft wird trotz des Verbotes des Gesetzes Actien erwerben und kaufen, verkaufen, in denselben speculiren können, ohne daß Jemand thatsächlich viel dagegen wird einwenden können, denn die Unsicherheit und Geringfügigkeit des durch Art. 241 gewahrten Schutzes ist zu bekannt. — Dieses eigentliche Börsenspiel, diese Käufe und Verkäufe eigener Actien (bei welcher Speculation es natürlich ganz gleichgiltig ist, ob die betreffende Bank sich eines Strohmannes bedient, um das Geschäft mit dem Gesetze besser in Einklang zu bringen und in formeller Hinsicht gegen die äußere Anordnung des Gesetzes nicht zu verstoßen) diese unzweifelhaft verbotene Speculation wird man thatsächlich nicht hindern können; den einzigen wirksamen Fall, in welchen man dem Geiste des Gesetzes hätte Anerkennung verschaffen können und müssen, hat man unter Beiseitelassung der dem Gesetze zu Grunde liegenden Anschauungen unbenützt vorübergehen lassen. — Während man ausdrücklich anerkannt, daß den A. G. das Speculiren in ihren eigenen Actien verboten sei, gestattet man gleichzeitig förmlich eine solche, erlaubt den Ankauf der Actien Seitens einer Gesellschaft, die in den meisten Fällen doch nur aus Verzweifelung zu diesem Mittel greift. Wie man in solchen Fällen

Digitized by Google

von einem Vortheile sprechen kann, der den Actionären erwachsen solle, ist unter diesen Umständen absolut unverständlich. —

Nun waren für das Appellationsgericht neben diesen principiellen Erwägungen noch vier Umstände von Einfluß, in denen eine Bestärkung der Ansicht desselben gefunden wurde, nämlich:

1) Analogie aus Art. 207a, Abs. 3.
2) Zulässigkeit der Amortisation.
3) Gesetzlich sanctionirter Fall der Erwerbung eigener Actien.
4) Fälle, in denen der Gesellschaft der Erwerb eigener Actien gar nicht versagt werden könne.

Diese vier nebensächlichen Gründe sind aber ebensowenig stichhaltig, als die principiellen, denn der erste und dritte beruhen auf einem vollkommenen Mißverständnisse, der zweite beweist nichts und der vierte endlich beruht auf Behauptungen, die ohne Beweis dastehen. —

ad. 1. Der Art. 207a, Abs. 3 schreibt vor, daß der Nominalbetrag der Actien während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden darf. Da nun aber trotz dieses scheinbaren absoluten Verbots unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 248 des H.-G.-Bs. unzweifelhaft Rückzahlungen auf die einzelne Actie vorgenommen werden können, so will man daraus folgern, daß auch das Verbot des Erwerbs eigener Actien nur ein scheinbares sei. — Hat jedoch eine solche Analogie an und für sich bei so exceptionellen Bestimmungen etwas höchst Bedenkliches, so muß in diesem Falle sogar geradezu behauptet werden, daß in dieser Analogie eine petitio principii liegt, da ja erst der doppelte Beweis geliefert werden müßte, einmal, daß in dem Art. 207a ein so strictes Verbot enthalten ist und dann, daß trotz desselben das Gesetz selbst Ausnahmen zulasse. — Will man nun aber selbst einräumen, daß in dem 3. Abs. des citirten Artikels eine solche absolute Vorschrift enthalten sei, so kann niemals behauptet werden, daß das Gesetz irgendwie eine Ausnahme sanctionire. Der Nominalbetrag der Actien darf nämlich allerdings weder vermindert noch erhöht werden. Daß eine Erhöhung unzulässig sei, darüber ist wohl kein Zweifel. Was aber die Verminderung anlangt, so will man auf die zahlreichen Rückzahlungen Seitens verschiedener Actiengesellschaften verweisen. Diese Manipulation verstößt aber keineswegs gegen die hier frag-

Digitized by Google

liche Vorschrift; der Nominalbetrag der Actie bleibt unverändert, es tritt nur eine Minderung des eingezahlten Betrags ein. Die Actie bleibt daher z. B. eine solche im Betrage von 100 Thlr., auf welche 20 Thlr. zurückbezahlt wurde; sie wird nicht zu einer solchen von 80 Thlr. Und daraus folgt, daß entweder die Actionäre Gefahr laufen, daß späterhin die geleistete Rückzahlung zur Completirung der Actie wieder einberufen wird, falls dies nicht etwa durch entsprechende Statutenänderung ausgeschlossen ist, oder es müssen die geeigneten Maßregeln getroffen werden, um durch Verminderung der Zahl der Actien und Zusammenlegung derselben den alten Nominalbetrag wieder herzustellen. — Thut man beides nicht, so wird allerdings die Actie trotz der Rückzahlung thatsächlich als Actie betrachtet werden müssen, aber dasselbe ist ja auch der Fall bei einer Gesellschaft, deren Actien noch nicht voll einbezahlt sind und welche doch als Actien (mit 40, 50, 60 Proc. Einzahlung) behandelt werden. — Thatsächlich mag sich daher die Sache so gestalten, daß die Actie von 100 auf 80 reducirt ist; rechtlich aber muß daran festgehalten werden, daß diese Actie einen Interimsschein repräsentire für die künftig zusammenzuschlagenden neuen Actien, mit demselben, d. h. dem ursprünglichen Nominalbetrag der einzelnen Actie. — Daß die entgegengesetzte Ansicht juristisch absolut unhaltbar ist, zeigen die Consequenzen. Man nehme folgende zwei Fälle.

a. Eine Gesellschaft, deren Capital aus 10,000 vollbezahlten Inhaber-Actien à 100 Thlr. besteht, reducirt ihr Capital auf 800,000 Thlr. unter Rückzahlung von 20 Thlr. auf jede Aktie. —

b. Eine Gesellschaft deren Capital auf $2^1/_2$ Millionen Thlr. festgesetzt ist und welche bisher 25,000 Interims Aktien à 100 Thlr. mit 30% ausgegeben hat, welche somit ein effectives Actiencapital von $^3/_4$ Millionen besetzt, reducirt ihr Capital auf die eingezahlte Summe durch Liberirung der Actien. —

Würde man in diesen Manipulationen wirklich eine gesetzlich zulässige Verminderung des Nominalbetrags finden wollen, so würde man im Falle zu a. Inhaber-Actien unter 100 Thlr., im Falle zu b. Actien unter 50 Thlr. anerkennen. — Beides ist unmöglich und schon hierdurch wird das Unhaltbare der oben ausgesprochenen Ansicht klar gelegt.

Digitized by Google

ad. 2. Aus der Zulässigkeit der Amortisation läßt sich für den Actienrückkauf nicht das Mindeste herleiten. — In dieser Richtung mag in erster Linie auf die Motive hingewiesen werden, in zweiter Linie auf das Gesetz selbst, welches auch diese weit unverfänglichere Manipulation an mannigfache Voraussetzungen geknüpft hat und endlich auf die prinzipielle Verschiedenheit des Zweckes bei dem Rückkauf und der von Anfang an ins Auge gefaßten Amortisation; bei jenem ist der leitende Gesichtspunkt Rettung aus einer plötzlichen Calamität, bei dieser handelt es sich um eine von Anbeginn projektirte planmäßige Vernichtung der Gesellschaft, meistentheils aus Gründen des öffentlichen Wohls.

ad. 3. Noch weniger läßt sich aber die Behauptung rechtfertigen, daß das Gesetz selbst im Art. 220 Abs. 2. Fälle anführt, in denen der Gesellschaft der Erwerb eigener Actien gestattet sei. — Ich habe oben bereits behauptet, daß dieser Grund nur auf einem offenbaren Mißverständniß der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beruhen kann. Das Recht des Actionärs läßt sich selbstverständlich nur herleiten aus dem Besitze der Actie; bei den Inhaber-Actien folgt dies schon aus dem Art. 307 H.-G.-B.; bei sämmtlichen Actien aus der Natur der Sache. — Die Rechte der Actionäre bestehen lediglich in der Berechtigung zur Empfangnahme der Dividende (mag diese nun baar ausbezahlt werden oder in dem Rechte auf freie Benutzung der Gesellschafts-Institute bestehen) und in dem Rechte auf Theilnahme an der Generalversammlung; jenes kann nur unter Ueberreichung des Dividendenscheines, letzteres nur durch Nachweis des Actienbesitzes ausgeübt werden; daraus folgt: „ohne Besitz des Papiers kein Recht."

Wenn nun nach Art. 220 ein Actionär wegen Säumigkeit in der Fortentrichtung seiner Einzahlungen seiner Rechte aus seinem Actienbesitze für verlustig erklärt wird, so heißt das, daß das fragliche Dokument für werthlos erklärt wird und somit da das Recht an das Papier geknüpft ist, das Recht aus der Actie vernichtet wird und erlischt. — Von einem Uebergange dieses vernichteten Rechtes auf die Actien-Gesellschaft kann sonach absolut keine Rede sein. — Daß nunmehr an Stelle der nicht mehr existirenden Actie eine andere (meistentheils mit einer neuen Nummer) ausgegeben wird, ist eine ganz selbstverständliche Folge davon, daß

Digitized by Google

das ursprüngliche Actiencapital intact bleiben soll und in einem solchen Verkaufe kann um so weniger etwas Auffälliges gefunden werden, als das Gesetz diese Handlung nicht verbietet und eine solche Hinausgabe eigener Actien bei der Emmission s. g. junger Actien eine tägliche Erscheinung ist. Die Gesellschaft erwirbt in einem solchen Falle keineswegs eigne Actien, sondern sie hat lediglich das Recht, falls sie Liebhaber findet, neue Titel zu creiren, während das Recht aus der früheren Actie an und für sich erloschen ist. Daraus folgt, daß,

a. die Rechte des alten Actionärs auf die Dividende des laufenden Jahres verloren sind,

b. daß der Betrag der erloschenen Actie dem Reservefond zugewiesen werden muß, weil sonst für ihn in der Bilanz sich ein Gegenwerth nicht vorfindet,

c. daß der Erwerber der neuen Actien die usancenmäßigen Zinsen bis zur Abnahme, sowie auch ein etwaiges Agio zu vergüten hat. —

ad. 4. Allerdings giebt es Fälle, in denen der Erwerb der eigenen Actien der Gesellschaft nicht wohl versagt werden kann. Diese sind aber so äußerst selten, das sie nichts beweisen. — Die Fälle nämlich, die man als solche meistentheils anführt, sind thatsächlich nicht solche, fallen vielmehr gerade im Gegentheil auch unter das Verbot des Erwerbs der eigenen Actien. Es ist dies einmal der Executiv-Verkauf im Falle der Belehnung eigener Actien, und ferner der Verkauf bei nicht ordnungsmäßiger Erfüllung (Art. 343. 356. 357. 375. 310), resp. der Ankauf dieser Actien bei diesen Zwangsverkäufen, sei es nun daß diese Verkäufe und Ankäufe nach den cit. handelsgesetzlichen Bestimmungen oder im Wege der gewöhnlichen gerichtlichen Execution vorgenommen werden. Abgesehen von diesem letzteren Falle, d. h. also, wenn Seitens des Executions-Gerichts eine Pfändung in Aktien der klagenden Gesellschaft vorgenommen wird, sind die übrigen Fälle gesetzlich ebenfalls durch das Verbot der Erwerbung eigener Actien ausgeschlossen. — Eine wirklich solide Gesellschaft wird daher ihre eigenen Actien niemals belehnen, oder als Depot (Pfand) annehmen, schon um nicht in Zeiten der Krisis sich selbst bloß zu stellen und ihren Credit dadurch zu schädigen, daß sie dieselben zu einem geringeren Kurse als dem ehemaligen Emissionscurse annehmen, oder wegen des

Digitized by Google

rapiden Falles der Werthe Zuschuß auf ihre eigenen Actien fordern müßte. Sonstige Executionsverkäufe und in denselben nicht zu vermeidende Ankäufe der eigenen Actien sind ja aber nur dann denkbar, wenn vorher bereits Seitens der Gesellschaft eine Erwerbung dieser Actien, wenn auch für fremde Rechnung vorangegangen ist, ein Verfahren, welches ebenfalls mindestens nicht correct ist. — Und selbst in den sämmtlichen oben angeführten Fällen ist nicht wohl einzusehen, weßhalb gerade die Gesellschaft ihre eigenen Actien ankaufen muß. Denn haben dieselben wirklich noch einen inneren Werth, so werden sich immer noch Käufer finden; und haben sie keinen Werth, so ist dies ein Beweis, daß die Gesellschaft selbst kein Recht hat, weiter zu existiren und daß ein solcher Executionsverkauf daher nur zu einer Ausbeutung der ohnehin genugsam geschädigten Actionäre führen muß. —

Trotzdem soll nicht in Abrede gestellt werden, daß Fälle denkbar sind, in denen man der Gesellschaft das Recht auf Erwerbung eigner Actien wenigstens mit Grund nicht wird bestreiten können, wenn ihr z. B. ein Geschenk oder ein Legat in solchen gemacht wird. Solche — wohl mehr theoretische — Fälle können aber wohl nicht als „Erwerbungen" im eigentlich technischen Sinne aufgefaßt werden; wenn ja auch wohl — wie allgemein anerkannt ist — der Ausdruck im Gesetze etwas zu allgemein und nicht präcis genug gefaßt ist, so daß auch hierüber Zweifel wenigstens möglich sind.

Wenn ich im Obigen nun zu zeigen versuchte, daß die Gründe für die gegentheilige Ansicht ohne innere Berechtigung sind, so darf ich wohl für die Correktheit der in dem ersten Aufsatze ausgesprochenen Ansicht auf die mehrfach angeführten Gründe verweisen. — Das Resultat meiner Ansichten läßt sich daher kurz dahin resumiren:

> Den Actiengesellschaften ist jede auch nur vorübergehende Erwerbung eigener Actien für eigene oder fremde Rechnung, jede Speculation in denselben, die Annahme derselben als Pfand oder Depot, der Rückkauf derselben, gleichviel aus welchem Grund, absolut untersagt. —

Würden unsere Gerichte dem Wortlaute und der klaren Absicht des Gesetzgebers gemäß urtheilen, und nicht durch künstlich

Digitized by Google

in das Gesetz hineingetragene Unterscheidungen Streitfragen hervorrufen, wahrlich! die Novelle von 11 Juni 1870 würde einen Segen für das Actienwesen bilden, indem sie dem Handel und Verkehr die nothwendige Freiheit gewährt und dennoch die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln trifft. — Nicht die Novelle ist, obgleich man dieß von allen Seiten hören kann, einer Revision dringend bedürftig, nicht ihr können all die unzähligen Mißgriffe zur Last gelegt werden, die auf dem Gebiete des Actienwesens gemacht wurden; der größte Vorwurf trifft meistentheils die Registerrichter, die ohne die erforderliche Prüfung, ohne die peinlich genaue Gesetzesanwendung zu Werke gingen.*)

XVII.

Die Folgen des Verzugs.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. **Ladenburg** in Mannheim.

H.=G.=B. Art. 354—357.

Wenn in einem Vertrag für die Erfüllung einer darin übernommenen Verbindlichkeit eine Zeit bestimmt ist, so muß der Verpflichtete diese Zeit einhalten. Denn jeder Vertrag bildet ein Ganzes. Die Leistung zu einer andern Zeit, als die im Vertrag festgesetzte, ist nicht vertragsmäßig. Daraus folgt, daß der andere Theil, dem eine solche, nicht vertragsmäßige Leistung angeboten wird, sie zurückweisen, beziehungsweise seine Gegenleistung verweigern darf. Umgekehrt wird aber derjenige, welcher nicht zur rechten Zeit geleistet hat, von seiner Verbindlichkeit nicht befreit; im Gegentheil, er ist nicht allein verpflichtet, später zu leisten, was er zur rechten Zeit zu leisten versäumt hat, sondern er muß auch dem Andern denjenigen Schaden, welcher diesem aus der Säumniß erwachsen ist, ersetzen, vorausgesetzt, daß dieser die spätere

*) Eine treffliche Illustration zu dem oben Gesagten bildet die in der Beilage zur Berliner Börsenzeitung No. 326 vom 16 Juli 1874 abgedruckte Bekanntmachung der Kreis=Ger.=Deputation zu Gr.=Salze von 11. Juli, laut welcher das Grundcapital der Actien=Gesellschaft zur Fabrikation von Zündhütchen, Patronen und Oefen auf zwei Millionen Reichsmark festgesetzt ist und durch 10000 auf den **Inhaber** lautende Actien à 200 Reichsmark (also 66⅔ Thlr.!!) gebildet wird.

Digitized by Google

Leistung wiewohl sie nicht vertragsmäßig ist, noch annehmen will. Er kann wie wir gesehen haben, zurückweisen, weil sie nicht vertragsmäßig ist. Selbstverständlich wird er sie nicht zurückweisen in den Fällen, in welchen er nur zu empfangen berechtigt, nicht auch dagegen zu leisten verbunden ist. Wo aber seine Gegenleistung von der Vorleistung des Andern abhängt, kann er allerdings ein Interesse haben, die Vorleistung als nicht vertragsmäßig zurückzuweisen. Wir hätten demnach zwei Fälle zu sondern, nemlich erstens den Fall, da Jemand zu einer Leistung verpflichtet ist, ohne dafür eine Gegenleistung in Anspruch nehmen zu können, z. B. wenn ein Darlehen zu einer bestimmten Zeit heimbezahlt werden soll, zweitens den andern Fall, da die Gegenleistung von der Vorleistung bedingt ist, z. B. wenn bei dem Kauf die Lieferung des Kauf-Objekts auf einen bestimmten Tag bedungen ist, der Käufer mithin erst dann den Kaufpreis zu zahlen hat, wenn der Verkäufer zur rechten Zeit das Kauf-Objekt liefert. Der erste Fall bietet keine Schwierigkeit, denn es unterliegt keinem Zweifel, daß der Verpflichtete, welcher nicht zur rechten Zeit geleistet hat, später leisten muß; nur bezüglich des Schaden-Ersatzes wegen verspäteter Erfüllung kann in Frage stehen, ob der Grundsatz dies interpellat pro homine allgemein, auch ohne vorausgehende Mahnung zur Anwendung zu bringen ist? In dieser Beziehung kann den Gesetzgebungen der Vorwurf einer übergroßen Nachsicht nicht erspart werden. So z. B. macht das französische Gesetzbuch Art. 1146 die Entschädigung überhaupt von einer vorausgehenden Mahnung des Gläubigers an den Schuldner abhängig,*) wiewohl nicht geleugnet werden kann, daß der Schuldner, welcher die verabredete Zeit nicht einhält, in culpa ist und nach dem in den Art. 1382 und 83 des Gesetzbuchs in Bezug auf culpose Handlungen ausgesprochenen Grundsatz zu Schaden-Ersatz verpflichtet ist. Unser H.-G.-B. läßt in Art. 288 den Zinsenlauf für fällige Geldforderungen ebenfalls erst vom Tag der Mahnung

*) In Bezug auf Geldforderungen genügt nach Art. 1153. c. c. nicht einmal eine außergerichtliche Mahnung, vielmehr beginnt der Zinsenlauf erst in Folge einer gerichtlichen Einklagung. der Forderung. Anders das Preuß. Landrecht, 1. Theil. Titel 16 § 27. und das östr. Gesetzbuch § 1334 f. auch das sächs. Gesetzbuch § 736.

Digitized by Google

beginnen, sofern der Gläubiger nicht nach dem bürgerlichen Gesetz schon von einem früheren Zeitpunkt an Zinsen zu fordern berechtigt ist. Art. 289 dagegen bestimmt, daß Kaufleute unter einander berechtigt sind, von jeder Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften seit dem Tage, an welchem sie fällig war, auch ohne Verabredung der Mahnung Zinsen zu fordern.

Bezüglich des andern Falls, da die Gegenleistung von einer Vorleistung abhängig, diese aber verspätet ist, enthält das Handelsgesetzbuch Vorschriften nur in Bezug auf den Kauf. Selbstverständlich muß dabei unterschieden werden, ob in dem betreffenden Vertrag eine bestimmte Zeit zur Erfüllung festgesetzt ist oder nicht. Denn nur im ersten Fall ist die verspätete Erfüllung nicht mehr vertragsmäßig, auf sie allein paßt daher der Grundsatz, daß die Gegenleistung verweigert werden darf, wenn die Vorleistung nicht in der vertragsmäßig festgesetzten Zeit erfolgt; nur in diesem Fall steht die verspätete Erfüllung der Nichterfüllung gleich. Der Satz dies interpellat pro homine versteht sich daher in diesem Fall von selbst. Wenn aber keine Zeit in dem Vertrag festgesetzt ist, so kann eine Verspätung erst dann eintreten, wenn nach geschehener Mahnung nicht erfüllt wird. In diesem Fall ist demnach der Grundsatz: dies interpellat pro homine überhaupt nicht anwendbar, weil kein dies festgesetzt ist. Ergiebt sich diese Unterscheidung schon aus der Natur der Sache, so ist in Handelssachen um so mehr daran festzuhalten, weil man Kaufleuten wohl zutrauen darf, daß sie ihre Verträge mit reiflicher Ueberlegung abschließen, daher eine Zeitbestimmung, wo sie in dem Vertrag enthalten ist, die gleiche Bedeutung wie jede andere Vertragsbestimmung hat. Dazu kommt die Betrachtung, daß die Preise der Waaren täglich wechseln, daher die Einhaltung der festgesetzten Zeit schon deshalb von sehr großer Bedeutung ist. Auch kann der Käufer auf den bestimmten Tag bereits weiter über die Waare verfügt haben, sowie umgekehrt der Verkäufer des Kaufpreises benöthigt sein kann, um eine auf den bestimmten Tag fällige Forderung zu zahlen. Einhaltung der verabredeten Zeit ist daher im Handel ebenso nothwendig, wie Einhaltung des verabredeten Preises. Thöl (Handelsrecht § 87) ist dieser Ansicht, wenn er S. 520 sagt: „Im Zweifel ist eine streng gewollte Pünktlichkeit

Digitized by Google

anzunehmen, nicht nur wenn der Lieferungszeit noch die Bestimmung „fix", „präcise", „prompt", „spätestens" oder eine gleichbedeutende beigefügt, sondern auch wenn ein solcher Zusatz nicht gemacht ist. Ist aber eine solche Pünktlichkeit als gewollt anzunehmen, so ist die auf eine bestimmte Zeit verabredete Erfüllung nach Ablauf dieser Zeit unmöglich, also die spätere Erfüllung eine andere als die verabredete." Da nun Niemandem eine andere, als die vertragsmäßige Leistung aufgenöthigt werden kann, so folgt unmittelbar aus der Nichteinhaltung der vertragsmäßig festgesetzten Zeit, daß der Säumige so anzusehen ist, als habe er überhaupt nicht erfüllt, daß mithin alle Folgen der Nichterfüllung eintreten müssen, wohin gehört, daß der andere Theil die Gegenleistung verweigern, dagegen Schaden-Ersatz wegen Nichtleistung fordern kann. Umgekehrt kann sich der Säumige nicht auf seine eigene mora berufen, daher nicht später die Leistung verweigern, wenn sie etwa von dem andern Theil begehrt wird, wobei auch der, aus der Verspätung entstandene Schaden ersetzt werden muß. Daraus ergiebt sich, daß, wenn in einem zweiseitigen Vertrag eine Zeit zur Erfüllung festgesetzt ist, derjenige Contrahent, welcher zur festgesetzten Zeit nicht erfüllt, nicht berechtigt ist, die Gegenleistung in Anspruch zu nehmen, indem er sich später zur Leistung bereit erklärt, daß er aber, wenn der andere Contrahent die spätere Leistung verlangt, nicht allein dazu, sondern auch zur Entschädigung wegen der Verspätung verpflichtet ist; daß ferner der andere Contrahent jede spätere Leistung des Säumigen als nicht vertragsmäßig zurückweisen und Entschädigung wegen Nichterfüllung begehren kann. Anders verhält es sich in allen Fällen, in welchen entweder überhaupt keine Zeit für die Erfüllung festgesetzt oder in Bezug auf die Erfüllungszeit ein gewisser Spielraum gelassen ist. Hier kann von einer Versäumniß erst dann die Rede sein, wenn auf die Mahnung des Einen Theils der Gemahnte nicht erfüllt. Da aber diese Mahnung nur eine einseitige Handlung ist, so kann ihr nicht die nehmliche Wirkung, wie die Versäumung der in beiderseitigem Einverständniß gesetzten Frist zukommen, namentlich wird eine spätere Erfüllung (purgatio morae) nicht ausgeschlossen sein. Vrgl. Thöl l. c. S. 515 und die dort angeführte l. 135 D. de S.-O. 45. 1.

Digitized by Google

Unser H.-G.-B. steht in den Art. 354—359 nur theilweise auf dem hier vertheidigten Standpunkt. Dasselbe unterscheidet allerdings zwischen den Käufen, zu deren Vollzug eine Zeit oder Frist bestimmt ist und zwischen andern Käufen. Allein ein einziges Wörtchen hat diese Unterscheidung verrückt, und die Auslegung hat das ihrige gethan, um sie vollständig zu verwischen. Art. 357 des H.-G.-Bs. hebt nämlich den Fall hervor, wenn bedungen ist, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll. Diese Fassung war bei der zweiten Lesung des Entwurfs festgestellt und schon damals darauf aufmersam gemacht worden, daß dieselbe zu Mißverständnissen führen werde, indem man die betreffende Bestimmung nur da für anwendbar halten könnte, wo nicht nur eine Zeit oder Frist für die Erfüllung festgesetzt, sondern noch überdies die genaue Einhaltung dieser Zeit oder Frist ausdrücklich bedungen war, s. Goldschmidts Zeitschrift. 3. Bd. S. 466. Und so kam es in der That. Schon von Hahn macht in seinem Commentar ad Art. 357. §. 6 die Bemerkung: „Die Vereinbarung eines Lieferungs-Tags genügt an sich nicht, um die Absicht zu constatiren, daß eine spätere Lieferung eine andere sein solle. Dies muß entweder durch einen Zusatz z. B. fix, nicht später, präcis, prompt oder durch die cassatorische Klausel, (an dem und dem Tage ist das Engagement erloschen) oder durch Bezugnahme auf sogenannte allgemeine Bedingungen, verabredete Usancen (Gebräuche) ausdrücklich hervorgehoben sein, oder sich aus den Umständen ergeben; demgemäß unterscheidet auch Thöl l. c. §. 87 ꝛc. zwischen den beiden Fällen ob pünktliche Einhaltung einer festbestimmten Lieferungszeit gewollt ist oder nicht, und versteht den Art. 357 nur von dem ersten Fall. In gleicher Weise spricht sich der Commentar von Anschütz und Völderndorf zu Art. 357 aus:

„Wie sich schon aus dem Wortlaut des Artikels ergiebt, bezieht sich derselbe nicht auf alle Käufe und Verkäufe mit einer bestimmten Lieferungszeit oder Lieferungsfrist, sondern nur auf solche Kaufgeschäfte, bei welchen die Zeit oder die Frist für die Lieferung der Waare vertragsmäßig genau festbestimmt ist. Demnach ist nicht jedes Kaufgeschäft mit bestimmter Erfüllungszeit ein Fixgeschäft im Sinn des Art. 357, sondern die Bestimmungen

Digitized by Google

dieses Artikels beziehen sich auf eine viel engere Kathegorie von Geschäften. Nur solche sind Fixgeschäfte im Sinn dieses Artikels, bei welchen nach der Absicht der Contrahenten die Zeitbestimmung eine so wesentliche Bedingung des Geschäfts bildet, daß nach Ablauf der Zeit oder Frist die verspätete Erfüllung nicht mehr als die vertragsmäßige angesehen werden soll und nicht mehr angenommen zu werden braucht." Da hiernach Art 357 nur von Fixgeschäften verstanden wird, so fallen alle andern Geschäfte, mithin auch diejenigen, in welchen eine Lieferungszeit verabredet ist, ohne daß zugleich durch einen besondern Zusatz die genaue Einhaltung dieser Zeit bedungen wurde, oder diese Meinung der Contrahenten aus den Umständen hervorgeht, unter die Vorschriften der Art. 354, 355, 356, und wir gelangen dadurch zu der Unterscheidung zwischen Fix- und andern Geschäften, daher zu der völligen Bedeutungslosigkeit der Verabredung einer bestimmten Erfüllungszeit. Denn es kömmt nicht mehr darauf an, ob eine solche Zeit vertragsmäßig festgesetzt ist, wenn nicht zugleich in irgend einer erkennbaren Weise dargethan werden kann, daß die Contrahenten auch die genaue Einhaltung dieser vertragsmäßigen Bestimmung gewollt haben. Man könnte freilich entgegnen, die Contrahenten, welche in dem Vertrag eine Erfüllungs-Zeit festgesetzt haben, mußten die Einhaltung dieser Vertrags-Bestimmung ebensowohl wie die Einhaltung jeder andern gewollt haben, denn wozu hätten sie sonst eine Zeitbestimmung in den Vertrag aufgenommen? Darauf kann wohl keine andere Antwort gegeben werden, als lex ita scripta est. Die Beifügung des Wortes „genau" in Art. 357 hat die Folge, daß der ganze Schwerpunkt der Entscheidung in der Frage: Ob Fixgeschäft oder nicht? beruht. Diese Frage ist von Brauer in dem 18. Band dieses Archivs S. 315—327 behandelt, und dabei auf den Unterschied aufmerksam gemacht, der sich daraus für das Verhalten der Partheien ergiebt, je nachdem der eine oder der andere Fall vorliegt. Um nur Eines hervorzuheben, muß bei Fixgeschäften derjenige, welcher auf Erfüllung bestehen will, dieses nach Art. 357 unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem andern Contrahenten anzeigen; unterläßt er dieses, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen. Dagegen ist für alle andern Geschäfte, welche nicht als Fix-

Digitized by Google

geschäfte gelten, durch Art. 356 vorgeschrieben, daß, wer statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, dieses dem andern Contrahenten anzeigen und ihm, wenn die Natur des Geschäfts es zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren muß. Es entsteht daher, sobald ein Contrahent in Verzug ist, für den andern Contrahenten die Frage: Liegt ein Fixgeschäft vor? Denn von der Beantwortung dieser Frage hängt sein Verhalten ab. Irrt er sich in seiner Auffassung des abgeschlossenen Vertrags, so ist er großen Nachtheilen ausgesetzt. Nehmen wir z. B. den in dem 29. Bd. dieses Archivs S. 271—274 mitgetheilten Fall: Das Handlungshaus Beckers & Co. hatte sich verbindlich gemacht, 30,000 Litre Kartoffel-Spiritus in der Zeit von 1. November bis 31. December 1871 an die Klägerin gegen Baarzahlung zu liefern, hatte aber nicht geliefert, weshalb die Klägerin mittels Briefs von 31. Dec. 1871 der säumigen Firma anzeigte, daß sie wegen Nicht-Erfüllung des Lieferungsvertrags die Differenz (dieses Tages) als Schaden-Ersatz von der Adressatin beanspruche. Dieses Verhalten wird man durchaus correct finden, wenn man den Fall nach Art. 357 beurtheilt. Auch ist man hierzu berechtigt, weil der Vertrag eine bestimmte Zeit zur Erfüllung vorsieht und weil es sich um einen Gegenstand handelt, der den Preisschwankungen ganz besonders ausgesetzt ist, weshalb die genaue Einhaltung der verabredeten Zeit als der gemeinsamen Intention der Contrahenten entsprechend erscheint. Das war aber nicht die Ansicht des entscheidenden Gerichts. Dieses war der Meinung, es liege hier kein Fixgeschäft vor, die Klägerin hätte daher nach der Vorschrift des Art. 356 der Säumigen noch eine Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren sollen. Die Klägerin wurde deshalb abgewiesen. Brauer sagt daher in der oben angeführten Abhandlung mit Recht: Die Nichtbeachtung oder nicht gehörige Befolgung der betreffenden Vorschriften kann für die Betheiligten große Nachtheile herbeiführen. Es ist deshalb nöthig, daß sie sich vor Verwechslung in der Auffassung ihrer Lieferungsgeschäfte möglichst hüten. Diese Aufgabe ist indessen in vielen Fällen keine leichte, da das Gesetzbuch sich in Art. 357 auf eine kurze Kennzeichnung der Fixgeschäfte beschränkt hat, und bei

Digitized by Google

der Würdigung der fraglichen Eigenschaft sehr viel auf die Umstände des einzelnen Falles und auf das Ermessen des Gerichts ankommt, in letzterer Beziehung aber, besonders in den ersten Jahren nach Einführung des H.-G.-Bs. erhebliche Abweichungen und Schwankungen hervortraten." Wohin das Ermessen des Gerichts führt, ersieht man aus der obigen Entscheidung, die nicht aus der ersten Zeit der Einführung des H.-G.-Bs., sondern aus dem Jahr 1873 stammt. Das Schlimme bei der Sache ist, daß die nicht-säumige Parthei bei dem Verzug der Gegenparthei sich sofort über ihr Verhalten entscheiden muß und daher, da das Ermessen des Gerichts erst lange hinterher erfolgt, keine Möglichkeit verbleibt, den Fehler hinterher zu verbessern. Während sonst die Regel gilt: „Jeder muß die Folgen seines Fehlers tragen", geht das Gesetz, wenigstens wie es allgemein aufgefaßt wird, den entgegengesetzten Weg, indem es den unschuldigen Theil zwingt, eine Entscheidung zu treffen, welche für ihn sehr verhängnißvoll werden kann. Es dürfte nur dann dazu schreiten, wenn es ein äußeres, ganz unverkennbares Zeichen angab, wodurch die beiden Fälle leicht zu unterscheiden waren, z. B. wenn die Entscheidung davon abhängt, ob eine Erfüllungszeit verabredet ist oder nicht. Das ist klar, darin liegt keine Zweideutigkeit, und das allein entspricht, wie oben gezeigt, der Natur der Sache. Wie aber das Gesetz verstanden wird, fallen alle Kauf-Verträge, in welchen eine Zeit zur Erfüllung wohl verabredet ist, wenn sie nicht als Fixverträge gelten, unter die Bestimmung der Art. 354—356. Die Folge davon ist, daß, wenn Jemand die verabredete Zeit nicht einhält, nicht etwa er dadurch im Verzug ist, sondern die Gegenparthei, also der unschuldige Theil. Denn nun muß er, sobald er nicht dem Andern gestatten will, auf seine Kosten zu speculiren d. h. in irgend einer spätern Zeit zu erfüllen, dieses dem Säumigen nicht allein anzeigen, sondern er muß ihm auch noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. In welche peinliche Lage bringt diese Vorschrift den unschuldigen Theil, der schon dadurch leidet, daß der Andere die verabredete Zeit nicht einhält?

1. Der unschuldige Theil muß handeln, während der Andere still sitzen kann.

Digitized by Google

2. Er muß sich erbieten, eine spätere Erfüllung anzunehmen, während der Vertrag eine bestimmmte Erfüllungszeit vorgeschrieben hat. Er ist also genöthigt, die Vertrags-Verletzung seinerseits zu legalisiren.

3. Er muß eine den Umständen angemessene Frist gewähren. Welche Frist kann als den Umständen angemessen gelten? Er muß hierüber eine Entschließung fassen, auf die Gefahr hin, dem spätern Ermessen des Gerichts vielleicht nicht entsprochen zu haben. Allerdings enthält das Gesetz die Beschränkung, wenn die Natur des Geschäfts dieses (d. h. die Nachholung des Versäumten) zuläßt. Aber auch darüber, ob im einzelnen Fall die Natur des Geschäfts eine Nachholung des Versäumten zuläßt, sind verschiedene Ansichten möglich. Gleichwohl muß der nichtsäumige Contrahent auch hierüber sofort eine Entscheidung treffen, auf die Gefahr hin, daß das entscheidende Gericht anderer Meinung sein kann. Es ist sogar möglich, daß die Gerichte verschiedener Instanzen verschiedener Ansicht sind. Auch diese Gefahr muß der unschuldige Theil tragen. Der Säumige kann überall ruhig zusehen. Wird ihm eine neue Frist gesetzt, so kann er diese benutzen, um auf Kosten seines Mitcontrahenten zu speculiren. Er hat eine Prämie, die ihn nichts kostet, sagen die Kaufleute. Wird ihm keine neue Frist gesetzt, so kann er um so ruhiger zusehen, denn der andere Theil kann nicht auf Schaden-Ersatz, sondern nur auf Erfüllung klagen, er kann daher bis zur entgültigen Entscheidung des Processes, also Jahre lang auf Kosten des unschuldigen Theils speculiren. Stellen sich die Preise zu seinen Gunsten, so erfüllt er und trägt etwa die Proceßkosten.

Dazu kömmt, daß selbst dann, wenn der unschuldige Theil eine Nachfrist gesetzt hat, der säumige Theil bestreiten kann, daß diese den Umständen angemessen sei, woraus abermals ein Proceß entstehen kann, der schon an und für sich den Nachtheil hat, den unschuldigen Theil Jahre lang in Ungewißheit zu lassen, außerdem aber auch, je nach der Ansicht des Gerichts über die Angemessenheit der gesetzten Frist, die Folge haben kann, daß der unschuldige Theil den Proceß trotz alledem verliert. Diese Eventualität ist aber nicht nur Möglichkeit, sondern Wirklichkeit, wie aus einem Fall, der in den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts

Digitized by Google

6 Bd. S. 397—400 mitgetheilt wird, hervorgeht. Es hatte Jemand, weil der andere Theil nicht erfüllt hatte, eine Nachfrist von zwei Tagen gesetzt, nachdem er 6 Tage vorher schon die Geltendmachung des Schadenersatz-Anspruchs wegen Nichterfüllung angedroht hatte. Diese Nachricht wurde für eine angemessene nicht erachtet.

Allerdings ist nicht angegeben, um welche Waaren es sich handelte, noch auch, wie der betreffende Vertrag lautete. Ueberhaupt vermißt man häufig in der Mittheilung der Entscheidungen des Oberhandelsgerichts den Thatbestand, der zu dem Proceß Veranlassung gegeben hat, während dieser zur Beurtheilung der Entscheidung, zuweilen selbst zum Verständniß derselben erfordert wird. Die Redaktion würde daher den Werth der Mittheilungen sehr erhöhen, wenn eine ganz kurze Erzählung des Thatbestandes den einzelnen Entscheidungen vorausgesendet würde. So z. B. käme es in dem oben angeführten Fall darauf an, zu wissen, ob eine bestimmte Zeit zur Erfüllung festgesetzt war? Es läßt sich dieses allerdings vermuthen, weil im Eingang der Entscheidungs-Gründe ausgeführt wird, daß die Bestimmung einer Frist zur Erfüllung nicht hinreiche, das Geschäft zu einem Fixgeschäft zu machen; es wird deshalb auf viele frühere Entscheidungen des Oberhandelsgerichts, so z. B. im zweiten Band S. 92, im 4. Band S. 164 und 286, im 5. Band S. 172 und 437, im 6. Bd. S. 18 verwiesen. Dem können noch beigefügt werden die Entscheidungen im 6. Band S. 225, 259, 376, im 7 Band S. 260, 337, 339 und 383. Die zuletzt angeführte Entscheidung vom 30. Oct. 1872 interessirt uns hier besonders deshalb, weil wir daraus ersehen, daß der Richter erster Instanz den Kläger, der nach viermonatlichem Zuwarten dem Beklagten eine Nachfrist von 8 Tagen gesetzt hatte, gleichwohl abwies, indem er annahm, diese Frist sei zu kurz bemessen gewesen. (v. S. 392 sub d.) Das Oberhandelsgericht führt dagegen aus, es sei nicht die Absicht des Gesetzes, daß der nichtsäumige Käufer dem säumigen Verkäufer noch einmal eine so lange Frist gewähren soll, daß der Verkäufer alles bisher Versäumte innerhalb dieser Frist nachholen kann; mit andern Worten, die zu gewährende Nachfrist ist keineswegs mit der vollen Erfüllungsfrist zu identificiren. Dem Kläger lag deshalb nur ob dem Verklagten eine billige (mäßige) Nachfrist,

Digitized by Google

modicum tempus zu gewähren. Dem hat Kläger genügt, wenn er aus freien Stücken, ohne Gesuch des Verklagten, diesem eine achttägige Frist gewährte. Wenn Verklagter nun glaubte, einer längern Frist zu bedürfen, so durfte er nicht einfach schweigen und seine Ausstellungen gegen die Angemessenheit der Frist bis zum jetzigen Processe aufschieben, er mußte vielmehr sofort unter Darlegung der Gründe eine entsprechende Verlängerung der Frist nachsuchen, und erst, wenn Kläger ein solches Ansuchen „ohne zureichende Gründe" abgelehnt hatte, würde dem Verklagten ein Einwand gegen den Entschädigungs-Anspruch zustehen.

Darin ist dem Oberhandelsgericht gewiß zuzustimmen. Denn es liegt eine Art Dolus darin, wenn der Säumige gegen die ihm gesetzte Nachfrist keinerlei Einwendung macht und sie erst nach Monaten vor dem Gericht als zu kurz bestreitet. Uebrigens ersehen wir aus diesen Entscheidungen gleichwohl die Gefahr für den nichtsäumigen Theil, welche ihm daraus erwächst, daß das Gesetz ihm die Pflicht auferlegt, dem säumigen Theil Gelegenheit zu geben, das Versäumte nachzuholen. Wäre es nicht dem Verhältniß weit entsprechender, wenn umgekehrt dem Säumigen überlassen würde, dem Nichtsäumigen die Anzeige zu machen, daß er bereit sei, innerhalb kurzer Zeit das Versäumte nachzuholen? So viel mir bekannt, wird auch nach gemeinem Recht die purgatio morae nur so verstanden v. Lamprecht, Verzug bei dem Kauf in diesem Archiv N. F. 1 Bd. S. 42. Allerdings wäre angemessen, nach dem Vorbild des sächsischen Gesetzbuchs § 752 und 753 dem Säumigen die Verpflichtung aufzulegen, gleichzeitig auch die Vergütung des durch die Verzögerung erwachsenen Schadens dem Nichtsäumigen anzubieten. Nur so wird dieser in den Stand gesetzt, auch eine spätere Erfüllung anzunehmen. Aber so wie Art. 356 des H.-G.-Bs. lautet, wird nicht dem Säumigen, sondern dem Nichtsäumigen eine Verpflichtung auferlegt. Die Ungerechtigkeit dieser Bestimmung tritt um so greller hervor, wenn man den Art. 332 damit in Verbindung bringt. Dort heißt es: Die Erfüllung muß an dem Erfüllungstag während der gewöhnlichen Geschäftszeit geleistet und angenommen werden. Daraus folgt, daß derjenige, der nicht zu dieser Zeit erfüllt, in Verzug, mithin von diesem Moment an entschädigungspflichtig ist. In § 736

Digitized by Google

und 740 des sächsischen Gesetzbuchs ist dieses ausdrücklich bestimmt. Demnach tritt in Sachsen der Verzug in Civilsachen sofort mit Ablauf der Frist ein, in Handelssachen muß dagegen der Nichtsäumige sich nach Art. 356 benehmen. Das ist ein unhaltbarer Zustand. Auch hat man früher schon den Versuch gemacht, den Art. 356 einschränkend dahin zu interpretiren, daß der Nichtsäumige nur dann verpflichtet ist, dem Säumigen eine Frist zu gewähren, wenn dieser darum nachsucht; so z. B. das Handelsgericht in Hamburg in seinem Urtheil v. 20. Oct 1870 und das Obergericht in dem bestätigenden Erkenntniß v. 2. Dez. 1870 (in dem 23. Bd. dieses Archivs S. 23—27.) vrgl. auch Lamprecht, in der angeführten Abhandlung S. 101 Note 4. Dieser Ansicht ist nun auch das Oberhandelsgericht in einer Plenar-Entscheidung v. 6. März 1873 (Entsch. 8. Bd. S. 125) beigetreten.

In derselben hat man sich dahin geeinigt,

1) daß die zu gewährende Nachfrist nicht so lang zu bemessen ist, daß der Säumige, wenn er bei Eintritt des Verzugs noch keine Schritte zur Erfüllung gethan hatte, nunmehr noch sämmtliche Erfüllungs-Handlungen vornehmen kann, s. oben die Entscheidung v. 30. Oct. 1872,
2) daß der Säumige sich nach Eintritt des Verzugs nicht passiv verhalten darf, vielmehr den Nichtsäumigen von seiner Absicht, nachträglich erfüllen zu wollen, in Kenntniß setzen und dabei erklären muß, in welchem Zeitraum er die Erfüllung nachholen werde. Ist eine solche Erklärung erfolgt, so hat der Nichtsäumige zu erwägen, ob die beanspruchte Frist den Umständen angemessen erscheint und danach sein Verhalten einzurichten,
3) daß dagegen der Nichtsäumige zu einer Fristsetzung seinerseits nicht verbunden ist.

Hierdurch ist mindestens dem schreiendsten Unrecht abgeholfen; aber gerade daraus geht hervor, wie ungeschickt die Fassung des Art. 356 ist; denn das Oberhandelsgericht bemerkt gleichzeitig, daß die wörtliche Interpretation des Art. 350 zu einem entgegengesetzten Resultat führe. Wenn nun, wie sich erwarten läßt, die Ansicht des Oberhandelsgerichts allgemein adoptirt wird, dann fällt wohl die Fristsetzung weg, aber es bleibt doch die Anzeige-

Digitized by Google

pflicht als Vorbedingung der Entschädigungsforderung. Diese hat aber jetzt keinen Sinn mehr. Denn nach der Ansicht des Oberhandelsgerichtes darf der Säumige, der nachträglich erfüllen will, sich nicht passiv verhalten, vielmehr muß er die nachträgliche Erfüllung anbieten und erst dann hätte sich der Nichtsäumige zu erklären. Wenn aber der Säumige sich passiv erhält, d. h. sich nicht nachträglich zur Erfüllung bereit erklärt, so muß man aus diesem seinem Verhalten die Folgerung ableiten, daß er nicht nachträglich erfüllen will. Wie paßt nun dazu die Anzeige des Nichtsäumigen, daß er eine nachträgliche Erfüllung nicht annehmen, will? Die purgatio morae ist eine Vergünstigung, von welcher der Säumige Gebrauch machen kann. Macht er davon keinen Gebrauch, so ist sein Mitkontrahent nicht in der Lage, sich über solche nachträgliche Erfüllung, die ihm nicht angeboten ist, zu erklären. Art. 356 belästigt den Verkehr mit einer ganz unnützen Formalität, und müßte daher vollständig in Wegfall kommen. Natürlich würde Art. 357 einer neuen Redaction bedürfen, weil darin auf Art. 356 Bezug genommen wird.

Bei dieser Gelegenheit dürfte erwogen werden, ob es sich nicht empfehle, das Wort „genau" in Art. 357 ausfallen zu lassen, und damit die Unterscheidung zwischen Fix- und andern Geschäften, in welchen zur Erfüllung eine Zeit oder Frist gesetzt ist, aufzuheben. Sowie dieser Artikel nach seinem jetzigen Wortlaut angewendet wird, dient er eigentlich nur den Börsengeschäften. Und gerade diesen ist man sonst überall sorgfältig aus dem Weg gegangen, indem man vermeiden wollte, die sogenannten Differenz-Geschäfte zu legalisiren. Das thut aber dieser Artikel, der die Differenz-Forderung allgemein, dagegen die Forderung der Erfüllung nur unter Voraussetzung einer geschehenen Anzeige gestattet. Die ganze Vorschrift ist eine Erinnerung an die frühere Praxis des Obertribunals in Berlin, welche von der allerdings für Börsen-Geschäfte zutreffenden Ansicht ausging, daß wenn die Lieferung zu der vertragsmäßig festgesetzten Zeit nicht stattfand, beide Theile kein Interesse mehr an der Erfüllung haben, daher statt derselben nur noch Schaden-Ersatz gefordert werden könne. Indem man aber diese Ansicht in dem Handelsgesetzbuch auf alle Lieferungsgeschäfte mit fixer Zeitbestimmung ausdehnte, übersah man, daß

Digitized by Google

in sehr vielen Fällen der Käufer ein so überwiegendes Interesse an der Erfüllung hat, daß eine nachträgliche Entschädigung dagegen kaum in Betracht kömmt. Es ist dieses z. B. bei Verträgen über Lieferung von Rohstoffen für Fabriken der Fall. Häufig hängt der Fortbetrieb derselben von der genauen Einhaltung der bezüglichen Lieferungs-Verträge ab. So können Gas-Fabriken nicht fortbetrieben werden, wenn in den Kohlen-Lieferungen die bedungene Zeit nicht eingehalten wird. Welche Entschädigung kann in solchem Fall als Aequivalent der Unterbrechung des Betriebs gelten? Alle Fabriken, welche mit Dampfmaschinen betrieben werden, sind in Bezug auf Kohlen-Lieferung in dem gleichen Fall. Das nemliche gilt von andern Materialien und Rohstoffen. In Bezug auf alle diese Gegenstände besteht ein weit überwiegendes Interesse an der Lieferung. Wir dürfen wohl behaupten, daß unsere ganze Industrie bei der richtigen Fassung der hier einschlagenden Bestimmungen betheiligt ist. Wie die Art. 354—57 des H.-G.-Bs. jetzt lauten, ergiebt sich die sonderbare Folge, daß, wer in der Bestimmung der Lieferungs-Zeit recht sorgfältig zu Werk geht und sich die genaue Einhaltung derselben versprechen läßt, weit schlechter steht, als ein Anderer, der in Bezug auf diese Stipulation weniger sorgfältig ist. Denn dieser kann die spätere Erfüllung verlangen, der Andere aber nur dann, wenn er sofort nach Umlauf der Frist Erfüllung begehrt. Denken wir uns nun gar, es handle sich von der Verproviantirung einer Festung, die vom Feinde bedroht ist, wie kann da irgend eine Entschädigung die genaue Einhaltung der Lieferungsfristen ersetzen? Auch die Lieferungen an das Heer in Kriegszeiten fallen unter unsere Artikel, sobald die Mititärbehörde so vorsichtig war, sich die genaue Einhaltung der gesetzten Fristen versprechen zu lassen. Und gerade in solchem Falle muthet man der Militärbehörde zu, dem Säumigen nach Umlauf der Frist zu erklären, daß sie auf Erfüllung bestehe? Versteht sich das nicht von selbst? Wäre es nicht umgekehrt an dem Säumigen, sich wegen des Verzugs zu entschuldigen und die schleunigste Nachholung anzubieten? Die Vorschrift der Anzeige muß daher ebenfalls aus Art. 357 entfernt werden. Mit diesen wenigen Aenderungen, nemlich

1) Strich des Art. 356 und in Folge davon Wegfall der Bezugnahme auf diesen in Art. 357.

Digitized by Google

2) Wegfall des Wortes „genau" in Art. 357 und nicht minder Wegfall der in diesem Artikel vorgeschriebenen Anzeige würde das Gesetz auf den Boden des gemeinen Rechts zurückkehren. Die Folgen des Verzugs würden auf den Säumigen und nur auf diesen fallen, gemäß der alten Rechtsregel, welche Paulus in l. 155 D. de R. J. (50, 17) aufstellt: Factum cuique suum, non adversario nocere debet. Der zweite Absatz des Art. 357 ist hinreichend, zu verhüten, daß der Nichtsäumige auf Kosten des Säumigen speculirt. Wollte man einwenden, der Nichtsäumige könnte in der Weise auf Kosten des Säumigen speculiren, daß er später nicht sowohl Schaden-Ersatz, sondern Erfüllung begehrt, so übersieht man, daß der Säumige es stets in der Hand hat, einer solchen Speculation die Spitze abzubrechen, wenn er seinerseits die nachträgliche Erfüllung anbietet. Nimmt der Nichtsäumige dieses Anerbieten nicht an, so kann er später nicht mehr darauf zurückkommen; eine Speculation auf Kosten des Säumigen ist dann nicht mehr möglich.

Was aber die Börsengeschäfte betrifft, so würde nur noch Absatz 2 und 3 des Art. 356 für sie maßgebend sein, im übrigen aber den Börsen-Ordnungen überlassen werden können, die für nöthig erachteten Bestimmungen festzustellen, wie dieses auch, meines Wissens, jetzt schon an allen Börsen geschehen ist. Die Handelsgebräuche gelten ja nach Art. 1 des H.-G.-Bs. allgemein in Handelssachen, (vergl. auch Art. 279 ibid.); und lange bevor Art. 357 zwischen Fix- und andern Geschäften unterschieden hat, war in Börsengeschäften die Bestimmung der Lieferungszeit als wesentlicher Theil des Vertrags betrachtet und vielfach durch Beifügung der kassatorischen Klausel noch besonders hervorgehoben worden, daß eine nach Umlauf der verabredeten Zeit erfolgende Erfüllung keineswegs angenommen zu werden braucht. Es wäre vielleicht angemessen, eine Bestimmung der Art in das Handelsgesetzbuch aufzunehmen, wiewohl sie sich von selbst versteht. Man könnte zu diesem Zweck den Art 357 im ersten Absatz etwa so fassen: „Ist bedungen, daß die Waare zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, (oder besser: Ist die Erfüllung des Kaufvertrags zu einer fest-

Digitized by Google

bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen,) so kann der Käufer sowie der Verkäufer die Rechte, welche ihm gemäß Art. 354 und 355 zustehen, unmittelbar nach Umlauf der festbestimmten Zeit oder der festbestimmten Frist ausüben." Als Gegensatz hierzu wäre Art. 356 etwa so zu fassen: „Ist für die Erfüllung des Kaufvertrags keine festbestimmte Zeit oder Frist bedungen, so tritt ein Verzug erst nach vorausgegangener Mahnung ein." Wollte man eine purgatio morae in diesem Fall zulassen, so würde sich die betreffende Bestimmung unmittelbar hier anreihen; es dürfte jedoch nicht übersehen werden, daß der Säumige nicht allein die Erfüllung, sondern auch gleichzeitig den Ersatz des etwaigen Schadens wegen der verspäteten Erfüllung anzubieten verpflichtet wäre, wie dieses in § 747 des sächsischen Gesetzbuchs vorgesehen ist. Man könnte vielleicht fragen, wozu diese Vorschläge dienen sollen, da doch keine Hoffnung auf deren Annahme besteht? Hiergegen erlaube ich mir, darauf hinzuweisen, daß bereits eine Kommission zur Ausarbeitung eines Civilgesetzbuchs niedergesetzt ist. Diese muß selbstverständlich allgemeine Bestimmungen über die Folgen des Verzugs in das Gesetz aufnehmen. Dabei muß natürlich der engste Anschluß an das Handelsgesetzbuch in das Auge gefaßt werden. Es bleibt dann nur die Wahl, entweder die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs zu verallgemeinern, oder diese selbst im Interesse der Allgemeinheit zu modificiren. Welcher dieser beiden Wege der richtigere ist, dürfte kaum zweifelhaft erscheinen, zumal auch die Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts den Art. 356 immer mehr einzuengen bestrebt ist. Nachdem durch den oben mitgetheilten Plenar-Beschluß vom 6. März 1873 festgestellt wurde, daß der nichtsäumige Theil eine Frist nur dann zu gewähren hat, wenn der Säumige darum nachsucht, wurde wiederholt entschieden, daß die in Art. 356 vorgeschriebene Anzeige in allen Fällen überflüssig ist, in welchen der Andere (nemlich der Säumige) erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen.*) Es wurde ferner durch Urtheil vom 26. Mai 1873 (Entsch. 10. Bd. S. 145) festgestellt, daß die Anzeige noch durch die Klage bezugsweise durch

*) Urtheil v. 11. Nov. 1872, 15. März 1873, 7. Mai u. 11. Juni 1873, Entscheidungen 8. Bd. S. 14, 9 Bd. S. 318 u. 340, 10. Bd. S. 163. Andere Urtheile sind im 11. Bd. S. 239 in der Note angeführt.

Digitized by Google

die Mittheilung der Klage an den Beklagten erfolgen kann. Bis dahin konnte der Beklagte seinerseits die Erfüllung anbieten und dadurch moram purgiren. Nach der Regel reus excipiendo fit actor muß dem Beklagten dasselbe Recht zustehen d. h. er kann im Einredevortrag den Entschädigungs-Anspruch als Compensations-Einrede geltend machen, wenn auch keine Anzeige voraus gegangen ist. Urtheil v. 7. Mai 1873 Bd. 9. S. 322—24. Auch mittels der Widerklage kann der Enschädigungs-Anspruch ohne vorausgehende Anzeige geltend gemacht werden. Urtheil vom 25. Oct. 1873 im 11. Bd. S. 238 und 39.

Nach dem Urtheil v. 10. Dez. 1873 (12. Bd. S. 59—64) kann die im Art. 356 vorgeschriebene Anzeige auch noch in der Replick erfolgen. Will aber bei dem Verzug des Käufers der Verkäufer die Waare auf Grund des Art. 343 anderweitig verkaufen und den Minder-Erlös gegen den Käufer einklagen, so darf er nach der Entscheidung v. 25. Febr. 1874 (Entsch. 12. Bd. S. 273 u. f.) die in Art. 343 vorgeschriebene Androhung auch dann nicht unterlassen, wenn der Käufer sogar ausdrücklich erklärt hatte, nicht erfüllen zu wollen. Da, wie das Oberhandelsgericht sagt, die Androhung dem Säumigen die Möglichkeit gewähren soll, den Verkauf noch durch Vertrags-Erfüllung abzuwenden, so erscheint sie in dem Fall, wenn der Säumige erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen, als eine leere Förmlichkeit. Die römischen Juristen waren bekanntlich der Ansicht, der Verkäufer könne den verkauften Wein, welchen der Käufer nicht in Empfang nimmt, einfach laufen lassen; wenn er aber statt dessen ihn anderweitig verkaufe, so sei das allerdings lobenswerth. In der That hat der Verkäufer, der das Kaufobject liefert, den Kaufpreis zu fordern. Wenn der Käufer das Kaufobject nicht abnimmt, so ist das sein Fehler, dessen Folgen nicht auf den Verkäufer fallen dürfen. Dem strengen Rechte nach darf dieser daher das Kaufobject derelinquiren und den Kaufpreis fordern. Wenn er aber statt dessen das Kaufobject anderweitig verkauft, so handelt er im Interesse des Käufers; dabei sollte ihm eine culpa levis nicht schaden dürfen.

Digitized by Google

XVIII.

Ueber die Abweichung vom Limitum im Commissionsgeschäft.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Friedrich Meier in Bremen.

Wenn ein Commissionair in Gemäßheit von Art. 363 des H.-G.-Bs. zu dem Beweise zugelassen zu werden wünscht, daß er den Verkauf der Commissionswaare abweichend von dem limitirten Preise ausgeführt und dadurch von dem Committenten Schaden abgewendet habe, so wird es ganz besonderer Umstände bedürfen, aus deren thatsächlicher Begründung die Abwendung des Schadens zu construiren ist. Denn man muß an sich den Commissionair für verbunden erachten, streng die Ordre des Committenten zu befolgen. Er kann die ihm gegebene Vorschrift nicht außer Acht lassen und sich seiner Verantwortlichkeit entziehen, wenn auch der erzielte Preis an sich ein hoher und nach der augenblicklichen Geschäftslage nicht zu erwarten ist, daß die Waare im Preise steige, oder daß doch bei längerer Zögerung im Hinblick auf die dadurch erwachsenden Mehrkosten an Lagermiethe und Assecuranz der limitirte Preis werde erreicht werden.

Behauptet daher der Commissionair derartige Umstände, welche jeder erfahrene Kaufmann sogar als zweckmäßig ansehen wird, und hat er also — abgesehen von der ertheilten Vorschrift im Allgemeinen, seine ihm als Mandatar obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt, so kann dennoch diese Behauptung, selbst wenn die zum Grunde liegenden Thatsachen erwiesen werden, das Verfahren, unter Limitum zu verkaufen, keineswegs rechtfertigen.

Man muß vielmehr davon ausgehen, daß der Commissionair nicht durch seine Zweckmäßigkeitsansichten sich leiten lassen darf.

Er kann nicht seine Anschauung und Beurtheilung dem ausgesprochenen Willen des Committenten überordnen und somit gleichsam als der Vormund des Letzteren, sich darstellen.

vgl. Protocolle Seite 1188.

Denn in der Regel hat stets der Commissionair die Anordnung des Committenten zur Richtschnur zu nehmen, möge diese auch mit den allgemeinen Ansichtenund Erfahrungen des in dem betreffenden Handelszweige routinirten Geschäftsmannes im Widerspruch stehen.

Digitized by Google

Die Vorschrift des Art. 363 des H.-G.-Bs. kann immer nur als eine Ausnahmebestimmung in Berücksichtigung kommen, und ist daher nur höchst beschränkt in Anwendung zu bringen. Sie ist folgeweise nur auf solche Fälle zu beziehen, wo ein Abwarten offenbar schädlich oder eine Anfrage bei dem Committenten nicht thunlich war, z. B. wo ein Verderb der Waare und somit eine rasche Entwerthung drohte und die Entfernung des Committenten eine rechtzeitige Einholung einer Instruction nicht zuließ. Derartige Umstände sind offenbar außergewöhnlich; sie waren bei der Stellung des Limitums und zu der Zeit, als der Committent aus damaligen Gründen die Ordre gab, nicht vorgesehen und konnten nicht vorgesehen werden. Für solche Eventualitäten erachtete aber das Gesetz eine besondere Bestimmung für nothwendig.

vgl. Anschütz und Völderndorff, Commentar Bd. 3, S. 345. Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. IV, S. 3.

Mit Recht wird dort gesagt:

> „So lange die Füglichkeit längerer Aufbewahrung der Waare durch den Zustand des Gutes nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich für den Commissionair, erreicht er das Limitum nicht, immer nur die eine Pflicht des Abwartens, nach Befinden aber die Pflicht vorheriger Anfrage auf Grund des näher darzulegenden Sachverhalts und Behufs Auswirkung anderer Instruction."

Daß nun der Beweis der die Abweichung vom Limitum rechtfertigenden Behauptung stets große Schwierigkeit bietet und in dieser Richtung eine gewisse Härte Platz greift, wenn der Commissionair nach allgemeiner Anschauung zweckmäßig gehandelt, ist nicht zu verkennen, und scheint der hier nicht selten hervortretende Rigorismus mit der im Handel stets zu beobachtenden bona fides schwer zu vereinigen. Dennoch kann die Verbindlichkeit des Commissionairs aus diesem Gesichtspunkte nicht abgeschwächt werden, weil eben die Abweichung von der Ordre immer nur als eine stringent nachzuweisende Ausnahme zu rechtfertigen ist.

Doch wird man dem Commissionair in den Fällen eine Er-

Digitized by Google

leichterung des Beweises nicht versagen können, wenn es sich um eine Commissionswaare handelt, welche einen Marktpreis hat.

In diesem Falle wird nämlich der Beweis genügen, daß der Marktpreis der betreffenden Commissionswaare nach erfolgtem Verkaufe gesunken und seitdem nicht wieder die Höhe des erlösten Preises erreicht hat.

vgl. v. Hahn Commentar, Bd. II, S. 319 (Aufl. I)
Entsch. des R.-O.-H.-G. Band IV, S. 4.

Um diesen von der Praxis gebilligten Grundsatz zu rechtfertigen, muß man nämlich davon ausgehen, daß durch das Sinken des Marktpreises selbst der Eigenthümer der Waare Schaden erleidet.

Durch den vorherigen Verkauf um einen höheren Preis ward dieser Nachtheil aber abgewendet, da der Eigenthümer jeden Augenblick die Waare billiger wieder anschaffen kann. Unter solchen Umständen wird er sich nicht darauf berufen können, daß er gar nicht verkauft, sondern das Steigen der Preise abgewartet haben würde.

Wenn daher bei dieser besonderen Sachlage, welche die Marktgängigkeit der Waaren dieser oder jener Gattung an die Hand gibt, eine Erleichterung in der Beweisführung für den Commissionair angebahnt wird, so ist doch stets dabei vorauszusetzen, der Committent sei nach seinen persönlichen Verhältnissen in der Lage gewesen, den gesunkenen Marktpreis zur Wiederanschaffung der Waare auszunutzen.

(vgl. v. Hahn Commentar, S. 319 unten und 320 oben)

In solchem Falle — namentlich wenn der Committent sich in weiter Entfernung von dem betreffenden Marktplatze befand, wird er in dem Augenblick, wo ihm der Verkauf unter Limitum zur Kunde kommt, vielleicht gar nicht unterrichtet sein über die augenblicklich an dem betreffenden Platze herrschenden Preise; oder er ist vielleicht nicht in der Lage, in ihrer Benutzung sicher zu operiren, da bis zum Eintreffen seiner Kauforder die Preise wieder gestiegen sein könnten.

Wenn es sich dagegen um Waaren handelt, welche nicht jederzeit in gleicher Beschaffenheit an demselben Orte zu Marktpreisen käuflich sind, so genügt zur Rechtfertigung einer Abweichung vom

Digitized by Google

Limitum niemals der Nachweis eines geringeren Werthes der Waare.

Denn der Committent konnte mit dem Verkaufe warten, und es bleibt stets ungewiß, ob nicht früher oder später ein Aufschwung der Preise, wie ihn der Committent bei Bestimmung seines Limitum erwartete, eintreten wird, wobei es wieder außer Berechnung bleiben muß, welche Motive den Committenten leiteten, das Limitum so und nicht anders zu bestimmen.

Der Commissionair muß daher, um sich von der Ersatzpflicht zu befreien, solche Umstände thatsächlich begründen und beweisen, welche den Committenten, wenn er sie gekannt hätte, selbst zum Verkaufe veranlaßt haben würden, oder welche ihn zu einem demnächstigen noch minder vortheilhaften Verkaufe genöthigt haben würden. —

Wir werden daher die Vorschrift des Art. 363 stets in der Weise zur Anwendung zu bringen haben, daß der singuläre Fall, in dem ein Limitum zum Zwecke der Abwendung eines Schadens nicht eingehalten ist, lediglich als eine Ausnahme zu behandeln ist, deren thatsächliche Unterlagen stets mit großer Präcision in der Praxis klar zu stellen und zu begründen sind. Bei mangelhafter Begründung kann der Richter die allgemeinen Angaben des Commissionairs, er habe den Erfahrungen im Handel und den obwaltenden Verhältnissen entsprechend gehandelt, nicht berücksichtigen. Denn der Commissionair hat — wie gesagt — nicht nach seiner Anschauung der Verhältnisse zu handeln. Er ist lediglich als der Vertreter fremder Interessen anzusehen und als ein Mandatar zu beurtheilen, welcher nicht nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und im Interesse des Committenten, gemäß dem Auftrage, das ihm übertragene Geschäft auszuführen hat, sondern namentlich auch verbunden ist, über die Ausführung Rechenschaft zu geben. (vgl. Art. 361 des H.-G.-B.).

Er hat daher vor Allem die Instruction sich zur Richtschnur dienen zu lassen und macht sich, sofern er davon abweicht, verantwortlich und schadenspflichtig. Glaubt er aber dennoch, um einen Nachtheil vom Committenten abzuwenden, die Instruction verlassen zu sollen, so hat er die ihn rechtfertigenden Verhältnisse mit größter Genauigkeit darzulegen und nachzuweisen und kann

Digitized by Google

dabei nur in dem einen oben bezeichneten Falle in der Beweisführung eine Erleichterung finden, wenn er nämlich zur rechtlichen Gewißheit zu bringen vermag, daß die in Rede stehende Waare speciell an dem betreffenden Handelsplatze in genau gleicher Qualität jederzeit zu Marktpreisen käuflich gewesen sei, indem solchen Falls ein etwaiger Schaden durch die besonderen concreten Umstände würde absorbirt werden.

XIX.

Ueber die Bedeutung des Indossaments der Auslieferungsscheine über verkaufte Waaren.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Friedrich Meier in Bremen.

Im Handelsverkehr wird häufig nach Abschluß eines Waarenkaufs dem Käufer ein Schein gegeben, welcher ihm anzeigt, daß und wo die Waare empfangen werden kann.

Hat der Käufer nun alsbald die Waare weiter-verkauft, so indossirt er einfach den Auslieferungsschein und pflegt sich dabei der gewöhnlichen Form des Indossaments („für mich an die Ordre des N. N.") zu bedienen. Nicht selten wird auch der Schein von dem Inhaber zu Gunsten des Dritten und Vierten weiter begeben. Der Inhaber wird im gewöhnlichen Gange des Geschäfts stets ohne Schwierigkeit auf Grund des indossirten Auslieferungsscheins vom Verkäufer die reelle Uebergabe der Waare begehren können und erlangen und findet der Verkäufer schwerlich Grund die Legitimation in Zweifel zu ziehen.

Der Käufer der Waare kann sich indeß veranlaßt sehen, bevor der reelle Empfang geschehen, seinen Auftrag zu widerrufen. Hat er den Kaufpreis gezahlt, sein Käufer ist aber (z. B. im Falle einer inzwischen eingetretenen Insolvenz) seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen, so entsteht die Frage, ob der Verkäufer dann noch berechtigt und verpflichtet ist, dem Verlangen seines Contrahenten, dem an sich durch das Indossament legitimirten dritten oder vierten Inhaber des Auslieferungsscheins

Digitized by Google

nicht ferner zu liefern, Folge zu geben. Mit anderen Worten: Es fragt sich, ob der Uebertragung nur die einfache Bedeutung eines stets widerruflichen Auftrags die Waare zu empfangen, oder aber die Bedeutung und Rechtswirkung einer Cession beizumessen ist.

Der Kaufmann bedient sich im Geschäftsleben gern kurzer Wendungen, um seine Intention zum Ausdruck zu bringen, und so will er auch in der einfachen Form, in der er die Auslieferungsscheine, mögen sie an Ordre oder nicht an Ordre gestellt sein, abfaßt und indossirt, die Absicht aussprechen, ohne eine reelle Tradition der Waare vorzunehmen, solle die Befugniß, diese vom Verkäufer verlangen zu können, auch den jedesmaligen Inhaber des Scheins übertragen werden.

Prüft man aber den Inhalt des Scheins, nach dessen Wortlaut der Käufer lediglich befähigt wird, die Waare zu empfangen, ohne daß im Uebrigen die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage sich beurkundet finden, so ist es allerdings schwer, einer solchen Schrift eine Verbindlichkeit des Verkäufers zur Tradition und eine Befugniß des Käufers solche zu verlangen, zu entnehmen. Beides ist vielmehr aus dem von der Urkunde ganz unabhängigen Kaufvertrage abzuleiten; folgeweise kann eine Uebertragung der Urkunde auf andere Personen diesen so wenig Rechte gegen den Verkäufer verleihen, als in der Urkunde eine Verpflichtung desselben überall zu erkennen ist, zumal da sie vom Verkäufer einem jeden Inhaber gegenüber keineswegs acceptirt worden ist.

Die vom Käufer verfügten Worte „für mich an die Ordre des N. N." können daher, da sie lediglich dem Schein als der einzigen Erkenntnißquelle zu entnehmen, Nichts weiter enthalten, als eine Ermächtigung zum Empfang der Waare, einen Auftrag an den Verkäufer, an die bezeichnete Person abzuliefern. Dieser Auftrag kann aber, so lange noch res integra ist, jeden Augenblick gegen den Mandatar widerrufen werden; derselbe ist von keiner weiteren Bedeutung, als jedes andere Mandat.

Allerdings wird der Käufer, welcher einen Auslieferungsschein indossirt, beabsichtigt haben, noch weitere selbstständige Rechte mit der Uebertragung auf seinen Contrahenten und die

Digitized by Google

Nachmänner übertragen zu wollen. Es sollen ohne Zweifel nach seiner Intention die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage in ihrer Totalität übergehen und muß man — da der Wille der Contrahenten und nicht der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks entscheidet (vgl. Art. 278 des H.-G.-Bs.) — dieser Absicht Rechnung tragen. Dagegen ist aber geltend zu machen, daß eine correspondirende Verpflichtung des Verkäufers aus dem Indossament in keiner Weise zu construiren und daß eine einfache Anzeige eine Verbindlichkeit nicht erkennen läßt, und dem Käufer nicht ein cessibles Recht zu verleihen im Stande ist, mit der Wirkung, den Verkäufer gegen jeden beliebigen Nachmann zu vinculiren.

Unter diesen Umständen kann es auf die Absicht des Käufers nicht ankommen; denn dieser hat eine Form gewählt, durch welche der beabsichtigte Zweck ohne den zustimmenden Willen des Verkäufers ganz unerreichbar war.

Ist nun diese Deduction richtig, so muß auch, insoweit die Ablieferung der Waare noch nicht geschehen, ein Widerruf dieses Mandats für zulässig erachtet werden. Dagegen könnte man sich freilich auf ein Gewohnheitsrecht berufen, nach welchem im Handelsverkehr jenen Auslieferungsscheinen in der Hand des Dritten und Vierten die Bedeutung beigelegt wird, daß auf diesen die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Kaufe im vollen Umfange übergegangen seien. Allein ein solches Gewohnheitsrecht würde bestimmten Gesetzesvorschriften zuwiderlaufen. Denn im Art. 301 flgd. des H.-G.-Bs. finden wir für diese weitergehende Bedeutung derartiger Auslieferungsscheine und ihrer Uebertragung kein Argument; und sollen sich gegen bestimmte Gesetzesvorschriften Handelsgebräuche nicht bilden. (vgl. Art. 1 des H.-G.-Bs.)

Obgleich daher manche Gründe die Ansicht unterstützen, daß das mit dem Indossament ertheilte Mandat an den Verkäufer Behufs Ablieferung der Waare stets als ein gewöhnlicher widerruflicher Auftrag aufzufassen, so wird man bei eingehender Prüfung der Sache doch der Anschauung den Vorzug geben, nach welcher das Indossament des Auslieferungsscheins als eine wirkliche Cession mit den rechtlichen Folgen derselben aufzufassen ist.

Allerdings kann man der angewandten Form des Indossaments

Digitized by Google

solcher Scheine nicht die Wirkung einer Uebertragung von Rechten im Sinne des Art. 303 des H.-G.-Bs. beilegen. Denn das Charakteristische der daselbst bezeichneten bestimmten Kategorie von Verpflichtungsurkunden besteht darin, daß hier dem Indossament gegen den Schuldner ein Anspruch verliehen wird, welcher unabhängig ist von der causa debendi und welcher nur durch Einreden ausgeschlossen werden kann, die aus der indossirten Urkunde selbst hervorgehen oder unmittelbar gegen den Käufer gerichtet sind. Diese singulären Vorschriften gestatten aber keine Ausdehnung und sprach sich bei der Berathung derselben auch die Ansicht aus, daß mit der Aufführung der Art. 301 flgd. verzeichneten Urkunden dem Bedürfniß und der durchgängig anerkannten Gewohnheit genügt worden sei.

(62. Sitz. „Protoc. S. 555 flgde. 159. Sitz." Protoc. S. 1326).

Wenn daher auch — wie es sich allerdings der angewandten Form nach vermuthen läßt — der Wille des Käufers, dem ein indossirter Auslieferungsschein gegeben, auf eine solche Uebertragung von Rechten nach Maßgabe von Art. 303 des H.-G.-Bs. gerichtet gewesen wäre, so würde gleichwohl die beabsichtigte Wirkung nicht erreicht worden sein. Denn dieselbe hängt nicht von der Willkür des Käufers ab, sondern sie kann, da sie auf die Rechte Dritter von Einfluß ist, nur unter den vom Gesetze bestimmten Voraussetzungen hervorgebracht werden, welche, da wie gesagt, die bezüglichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs nicht anwendbar, nicht zutreffen. Dieses schließt aber nicht aus, daß gleichwohl der auf eine Uebertragung der Ansprüche gegen den Verkäufer gerichtete Wille des Käufers, falls dieser existirt, und genügend kundgegeben ist, insoweit als rechtlich wirksam anerkannt werden muß, als gesetzliche Beschränkungen nicht entgegenstehen. Daß der Anspruch des Käufers einer Waare auf Lieferung derselben einer Cession durchaus fähig ist, wird nicht in Abrede gestellt werden können.

Allerdings kann nicht das Rechtsverhältniß zwischen Verkäufer und Käufer Gegenstand einer Cession sein, wohl aber die aus demselben resultirende Forderung. Es steht Nichts im Wege, daß der Käufer seinen Anspruch auf Lieferung der gekauften Waare, der Verkäufer die Rechte auf Zahlung des Kauf-

Digitized by Google

preises einem Dritten cedirt, wobei freilich immer der Cedent seinerseits dem anderen Contrahenten gegenüber der zur Gegenleistung Verpflichtete bleibt.

Mühlenbruch, Lehre von der Cession, S. 309.

Sintenis, Civilrecht § 128 sub III. (3. Aufl. Bd. 2, S. 808.)

Nun könnte man glauben, daß aus einer solchen Urkunde überall keine Verpflichtung des Verkäufers gegen den Käufer herzuleiten, daß die Ansprüche des Käufers aus dem Kaufe ganz unabhängig von der Urkunde seien und die Uebertragung derselben auf andere Personen für diese keine Wirkung hervorzubringen vermöge. Bei dieser Argumentation würde man aber den Umstand verkennen, daß nicht die Urkunde, sondern eine Forderung Gegenstand der Cession ist. Während bei indossirten Papieren die Forderung in der Urkunde sich gewissermaßen verkörpert, und deshalb hier eine Uebertragung der an das Papier geknüpften Forderung nur mit diesem möglich ist, so ist doch eine solche Auffassung bei Forderungen, welche an ein Papier nicht gebunden und einer Uebertragung nur durch gewöhnliche Cession fähig sind, unberechtigt. Die Cession für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, (vgl. Sintenis a. a. O. § 128 sub II, a) kann nicht deshalb für unwirksam erklärt werden, weil sie auf einem Papier verfügt worden ist, welches nicht die cedirte Forderung repräsentirt.

Es kommt vielmehr lediglich auf die Frage an, ob der Wille des Käufers, seine Forderung aus dem Kaufe einem anderen zu übertragen, in den Worten des Indossaments „für mich an die Ordre des N. N." einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. Ist diese Frage zu bejahen, so ist es ohne Bedeutung, daß die Urkunde keine Verpflichtungsurkunde des debitor cessus ist. Denn es handelt sich ja nicht um eine Cession von Rechten aus der Urkunde, sondern um eine Cession der Rechte aus dem Kaufe. Ein Wille des Käufers, Rechte aus der Urkunde zu übertragen, konnte vernünftiger Weise gar nicht vorhanden sein. Denn es ist Jedem sofort erkennbar, daß die Urkunde eine Rechte begründende oder Pflichten erzeugende nicht ist. War also der Zweck der Worte „für mich an die Ordre ꝛc." überhaupt auf eine Uebertragung von Ansprüchen gerichtet, so konnten nur die

Digitized by Google

Ansprüche aus dem Kaufe Gegenstand der gewollten und so zum Ausdruck gelangten Uebertragung sein. Lag es doch in der That sehr nahe, die Cessionserklärung auf einem solchen Schein zu schreiben. Denn derselbe — obgleich nicht die Quelle der Verpflichtung — bezeichnete doch den Gegenstand sowie den Rechtsgrund nicht minder als die Person des Berechtigten und Verpflichteten mit voller Präcission, und in Ermangelung einer eigentlichen Verpflichtungsurkunde bot sich in einem solchen Schein ein Mittel, welches dem Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs genügte und in plastischer Form die Intention der Betheiligten ausreichend wieder gab. Der auf dem Schein geschriebene Uebertragungsvermerk konnte vernünftiger Weise keine andere Bedeutung haben, als daß der erwähnte, obgleich nicht durch den Schein begründete Anspruch des Käufers auf Lieferung der Waare Gegenstand der Uebertragung sein sollte. Es war allerdings formell nicht richtig, daß der Käufer in einer Ausdrucksweise den Willen kund gab, welche auf eine Uebertragung der Rechte im Sinne des Art. 303 des H.-G.-Bs. schließen läßt, da eine Uebertragung mit so weit gehender Wirkung nicht in seiner Hand lag.

Mochte nun aber diese gesetzliche Wirkung beabsichtigt sein oder nicht, so hat doch der Käufer die Uebertragung der Rechte aus dem Kaufe an sich völlig unzweideutig kund gegeben, und die rechtliche Wirkung einer gewöhnlichen Cession bleibt unter allen Umständen als das Mindere übrig, selbst wenn er beabsichtigt haben sollte, durch den Act der Uebertragung eine weitergehende Wirkung hervorzubringen.

Was nun von der ersten Uebertragung gilt, muß selbstverständlich in gleichem Maaße von der Uebertragung des Auslieferungsscheins an den Zweiten, Dritten und Vierten gelten.

Der Verkäufer wird demnach völlig correct handeln, wenn er den Inhaber des indossirten Scheins als den allein berechtigten Cessionar ansieht und nach geschehener Denunciation den Cedenten nicht mehr zu einer Einwirkung auf die cedirte Forderung legitimirt anerkennt.

Dabei tritt uns die bekannte Streitfrage entgegen, ob die Dispositionsbefugniß des Cedenten erst durch eine vom Cessionar verfügte Denunciation ausgeschlossen wird, wohin die gemeine

Digitized by Google

Rechtslehre geht, oder ob es einer solchen gar nicht mehr bedarf, und vielmehr, wie namentlich von

Bähr: Jahrbücher für Dogmatik Bd. I. S. 351 flgde.

vertheidigt wird, der Act der Cession die Vermögensübertragung vollendet, so daß der Schuldner, wenn er von der geschehenen Cession Kunde hat, auch ohne daß eine Denunciation erfolgt wäre, der Klage oder der Disposition des Cedenten den Einwand entgegensetzen darf, daß derselbe nicht mehr Gläubiger und nicht mehr zur Verfügung über die Forderung legitimirt sei. Diese Controverse ist für das von uns erörterte Rechtsverhältniß der bei dem Waaren-Auslieferungsschein Betheiligten ohne Bedeutung, wenn der Inhaber des indossirten Scheins schon vor erfolgtem Widerruf des Cedenten sich bei dem Verkäufer gemeldet und gar schon auf Grund des Scheins einen Theil der verkauften Waare empfangen haben sollte, denn solche Vorgänge enthalten unzweifelhaft eine Denunciation der Cession, wie denn insbesondere der Empfang einer Theilzahlung nach const 8 Cod. de novation (8, 42.)

„vel aliquid ex debito accipiat"

der Litisdenuntiation und der förmlichen Denuntiation der Cession gleich zu achten ist.

Aber auch abgesehen von derartigen Vorgängen wird man der Ansicht den Vorzug geben müssen, daß es nach unserer heutigen Rechtsanschauung auf die Form der Denunciation, so wie die Person des Denuncianten nicht weiter ankommt, vielmehr das Factum der Cession und die Kenntniß desselben auf Seiten des Delibitors ausreicht, um den Ausschluß der Dispositionsbefugniß des Cedenten zu begründen.

Das Resultat unserer Betrachtung geht somit dahin, daß in dem Indossament des Auslieferungsscheins nicht der simple Auftrag ertheilt wird, für den Käufer die Waare zu empfangen, ein Auftrag, welcher jederzeit widerruflich, und dessen Widerruf von dem Verkäufer respectirt werden muß.

Fehlt auch dem Indossament der Ausdruck „Cession", so muß doch, da der Wortlaut nicht entscheidet, jeder Ausdruck genügen, welcher den Willen, cediren zu wollen, unzweideutig

Digitized by Google

kund giebt, und dieses liegt, wie wir ausgeführt, vor. Es ist allerdings in den Worten „für mich an die Ordre ꝛc." ein Mandat enthalten, die Ansprüche des Käufers geltend zu machen. Indeß bildet gerade das Mandat die Grundform der Cession, nur daß diese eine stärkere Wirkung ausübt, da sie den Mandatar zum procurator in rem suam macht, und das auf solche Weise ertheilte Mandat nach erfolgter Denunciation an den debitor cessus nicht mehr widerrufen werden kann. Dem Indossament des Scheins muß um so mehr diese über das gewöhnliche Mandat hinausreichende Wirkung gegeben werden, als diese Form im kaufmännischen Verkehr so sehr gebräuchlich und namentlich auch der Verkäufer, welcher einen indossirten Auslieferungsschein vom Inhaber erhält, a priori annimmt, der Letztere sei in den Kaufvertrag in allen rechtlichen Beziehungen eingetreten. Daher trägt auch im Geschäftsleben der Indossatar niemals Bedenken, sofort bei Empfang des Scheins ein Accept des Kaufpreises zu geben, und manifestirt sich hierin auf das Unzweideutigste, daß die Contrahenten mit der Auswechslung der Urkunden — des Scheins und des Wechsels — das Geschäft als erfüllt ansehen. Bei dieser im Verkehr ausgebildeten Anschauung des Rechtsverhältnisses kann es dem zweiten und dritten Käufer auch nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er die stets übliche Form der Uebertragung — wenn sie auch nicht dem Wortlaut nach die Cession ausdrückt — sich gefallen ließ; denn er durfte voraussetzen, daß sie jedem Geschäftsmanne verständlich und nicht zu Weiterungen Anlaß biete, um so mehr, als den Indossanten der Vorwurf des dolus treffen würde, sofern dieser deduciren wollte, der von ihm indossirte Schein involvire nicht die rechtlichen Wirkungen der Cession.

Diese Grundsätze lagen einem bei dem Bremer Handelsgericht verhandelten Rechtsstreit zum Grunde.

S. B. & Co. machten A. W. & J. die briefliche Anzeige, daß 50 Kisten amerikanischen Specks, welche sie den Letzteren verkauft hatten, an einem (näher bezeichneten) Platze lagerten und an einem in dem Schreiben angegebenen Tage empfangen werden müßten. Die Käufer A. W. & J. schrieben unter den Text dieses Briefs die Worte: „für uns an die Ordre des W. R. jun." nebst Datum

Digitized by Google

und ihrer Namensunterschrift. Ein gleichartiger Vermerk ward von W. R. jun. zu Gunsten eines Dritten, von diesem zu Gunsten eines Vierten und von dem Vierten zu Gunsten von M. & D. auf das qu. Papier gesetzt, jedesmal unter Aushändigung desselben an den Nachmann.

Als sich nun M. & D. bei S. B. & Co. — den ersten Verkäufern — meldeten und auf Grund der auf sie indossirten erwähnten Urkunde den Empfang des Specks begehrten, begannen die Verkäufer mit der Auslieferung. Inzwischen sahen sich aber A. W. & J. veranlaßt, da ihr Indossatar W. R. jun. fallirte, S. B. & Co. anzuzeigen, sie wiederriefen die in dem Briefe abgegebene Erklärung und verlangten, daß mit der Auslieferung an W. R. jun. oder dessen Ordre inne gehalten werde. Da nun aber die Verkäufer diesen Widerruf nicht für zulässig erachteten, vielmehr die Waare demungeachtet an den Inhaber des Schreibens ablieferten, so erhoben A. W. & J. gegen sie Klage auf Lieferung des seit dem Widerruf nicht verabfolgten Specks.

Das Handelsgericht erblickte in dem Indossament nur ein stets widerrufliches Mandat und hielt die Klage für zulässig, (Erkenntniß vom 1 December 1873) während das Obergericht in der Appellationsinstanz durch Erkenntniß vom 11. Juni 1874 die Klage abwies, indem es dem Indossament die weitergehende Bedeutung beilegte und, wie wir glauben mit Recht, den Act als eine Cession mit der vollen rechtlichen Wirkung derselben behandelte.

XX.

Zu Art. 82 des H.-G.-Bs.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Friedrich Meier in Bremen.

Sofern der feste Abschluß eines Geschäfts durch Vermittelung des Maklers erfolgte, ist der Anspruch desselben auf Courtage begründet, und kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß die Contrahenten das Geschäft nachträglich aus irgend einem Grunde wieder rückgängig machen.

Dagegen ist ein Anspruch auf Courtage nicht zuständig, wenn

Digitized by Google

das Geschäft wegen Nichteintretens einer Bedingung wieder rückgängig gemacht wird und deshalb nicht zur Ausführung kommen kann, ein Princip, welches auch bei den Berathungen der Conferenz zur Sprache gekommen ist (Protocolle pag. 149) und demnächst in der Fassung Art. 82 einen Ausdruck gefunden hat.

Es wird indeß dabei der Fall, in welchem das Geschäft unter einer Suspensivbedingung geschlossen, mit demjenigen, in welchem die Contrahenten das Geschäft unter einer Resolutivbedingung eingingen, nicht in gleicher Weise beurtheilt werden können.

Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist ein unter einer Suspensivbedingung abgeschlossener Vertrag mit dem Nichteintritt der Bedingung unter den Contrahenten ganz so anzusehen, als wenn er gar nicht eingegangen wäre.

Göschen, Vorles. Bd. 1 S. 204.

v. Vangerow: Pand. Bd. 1, § 95.

Dieser Mangel eines zum Vollzug gekommenen Kaufgeschäfts muß nothwendig schon nach der Natur der Sache auch den Ursprung auf die Maklercourtage hinfällig machen. Denn jeder Anspruch der Makler bei Waarenverkäufen muß schon an sich an die Voraussetzung eines wirklichen Waarenumsatzes geknüpft sein, nach welcher die verkaufte Waare aus einer Hand in die andere übergeht. Auch kann die Courtage sich nicht nach der Mühewaltung des Maklers, sondern allein nach der Höhe des Waarenumsatzes richten.

In Uebereinstimmung hiermit ist auch eine feste Börsen-Usance als begründet anzunehmen, wie sie auch das Bremer Handelsgericht in mehrfachen Entscheidungen anerkannt hat, z. B. in S. S. contra B. & S. am 26. Mai 1862 und in S. H. contra R. & N. am 24. November 1873, nach welcher mindestens bei allen unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Verkäufen mit dem Nichteintreten der Bedingung oder wegfallenden Waarenumsatze auch keine Maklercourtage gefordert werden kann.

Diese Usance muß aber auch bei allen Geschäften Platz greifen, in denen der Käufer wegen contractswidriger oder fehlerhafter Beschaffenheit der Waare oder überhaupt auf Grund einer besonderen Vertragsbestimmung die Annahme der Waare weigert und selbige daher dem Verkäufer verbleibt.

Digitized by Google

Wesentlich anders verhält sich die Sache bei einer wirklichen Resolutivbedingung.

Bei einer solchen Bedingung muß daß Kaufgeschäft zunächst als ein unbedingtes vollständig zum Vollzug kommen. Es hat ein wirklicher Waarenumsatz stattgefunden, und nur in Folge einer Nebenberedung kann das vollzogene Kaufgeschäft künftig wieder rückgängig gemacht werden. In dieser Beziehung ist übrigens zu bemerken, daß nach gemeinem Recht dergleichen wahre Resolutivbedingungen kaum anders vorkommen, als wenn sich der Verkäufer die Auflösung des Kaufgeschäfts ausbedingt, — nicht aber wenn der Käufer die Waare nicht behalten will. Solchen Falls fällt auch bei Eintritt der Resolutivbedingung das auf den Käufer bereits übergegangene Eigenthum gemeinrechtlich ohne Weiteres auf den Veräußerer zurück.

Mit dem vollständig zum Abschluß gekommenen Geschäft und erfolgten Eigenthumsübergange ist also die Courtage des Maklers sofort als fällig und verdient anzunehmen.

Es wird daher, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Makler-Courtage verdient, genau zu untersuchen sein, ob der Handel unter einer Suspensivbedingung geschlossen oder ob eine Resolutivbedingung beredet worden.

In ersterem Falle wird sofern die Bedingung nicht eintritt, die Courtage nie als verdient angesehen werden können, während in letzterem Fall, wenn das Geschäft mittelst Waarenumsatz wirklich in Vollzug gesetzt und nur in Folge späterer Ereignisse wieder aufgehoben wird, allerdings der Anspruch des Maklers auf Courtage für begründet erachtet werden muß.

XXI.

Ueber die Vertheilung der Beweislast in Betreff der Probemäßigkeit der gelieferten Waare.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. **Friedrich Meier** in Bremen.

Wenn der Käufer einer Waare den Kaufpreis praenumerando — sei es durch Wechselacceptation oder in sonstiger Weise — berichtigt hat, hernach aber findet, daß nicht probegemäß geliefert

Digitized by Google

und daher Rückzahlung des Preises, sowie die Leistung seines weitergehenden Interesse (Spesen, entgangenen Gewinn) verlangt, so entsteht die Frage, wen im Falle des Streits die Beweislast trifft, ob den Käufer, welcher zum Fundamente seines Anspruchs die nicht dem Contracte entsprechende Lieferung oder den Abfall der Waare von der Probe macht, oder aber den Verkäufer, dessen Vertheidigung darauf basirt ist, daß der Probe gemäß geliefert worden sei.

Nach der richtigen Ansicht wird man solchen Falls dem Verkäufer den Beweis der Probemäßigkeit der gelieferten Waare auferlegen müssen, und scheint diese Ansicht auch mehr und mehr in der Praxis unserer Gerichte Billigung zu finden.

Die Lieferung einer nicht probemäßigen Waare kann nämlich überall nicht als Erfüllung des Contracts angesehen werden, und der Verkäufer, welcher von den aus dem Contracte sich ergebenden Verbindlichkeiten durch die Behauptung, schon erfüllt zu haben, sich befreien will, hat diese Behauptung wahr zu machen, also die probemäßige Lieferung nachzuweisen. Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob der Käufer den ursprünglichen Gegenstand des Geschäfts, Lieferung der gekauften Waare, oder ob er die Leistung des Interesse verlangt. Denn Beides sind nur verschiedene Formen der Contractserfüllung; beide Verbindlichkeiten resultiren unmittelbar aus dem Contract und sind daher auch mit der Contractsklage geltend zu machen.

Allerdings hat der Käufer, welcher statt Lieferung des Kaufobjectes ein in Geld veranschlagtes Interesse verlangt, neben dem der Klage zum Grunde liegenden Contract auch solche Umstände nachzuweisen, welche die Substitution der Interesseforderung und deren Umfang rechtfertigen, insbesondere also die geschehene Vorausbezahlung des Kaufpreises, die Aufwendung von Unkosten, den entgangenen Gewinn und die Gründe, aus welchen der Käufer eine Naturallieferung sich jetzt nicht mehr gefallen zu lassen braucht.

Nicht aber kann die Negation der Erfüllung als ein Theil des Klagfundaments betrachtet werden.

Nach diesen Grundsätzen hat bereits wiederholt das Reichs-Oberhandelsgericht entschieden,

vgl. Bd. 2, S. 179, Bd. 4, S. 341, Bd. 6, S. 272, Bd. 7, S. 236, Bd. 11, S. 185.

Digitized by Google

und die nämliche Auffassung findet sich schon in der neueren Praxis des Oberappellationsgerichts zu Lübeck. Dieses nahm freilich in früherer Zeit den entgegengesetzten Standpunkt ein, indem es die processualische Parteistellung für die Vertheilung der Beweislast entscheidend sein ließ und dem Käufer den Beweis der Contractwidrigkeit der Waare auferlegte, wenn er wegen derselben die Annahme verweigert hatte und nun als Kläger den vorausbezahlten Kaufpreis zurückforderte oder anderweitig sein Interesse geltend machte. In diesen Fällen ward die Contractswidrigkeit der gelieferten Waare als ein Theil des Klaggrundes behandelt,

vgl. Entsch. „Gr. des O.-A.-G. zu Lübeck, Bremer Samml. Bd. 2, S. 222, 223, Bd. 4, S. 317.

ebenso in der Hamburger Sache Debitte contra Barehn (1835) abgedruckt im Neuen Arch. f. Handelsr., Bd. 4, S. 82. flgde.

Diese Auffassung hat aber das Oberappellationsgericht später verlassen, zuerst im Jahre 1862 in einer Frankfurter Sache Thormann & Co. contra Goldschmidt Söhne (abgedruckt im Neuen Archiv f. Handelsr., Bd. 4, S. 99 flgde.) und ebenso ist auch in einer Bremer Sache

vgl. Kierulff, Entsch.-Gr. des Lübecker O.-A.-Gs., Bd. 5, S. 156.

als Princip aufgestellt, daß in Fällen, wo eine gekaufte Waare wegen contractswidriger Beschaffenheit vom Käufer dem Verkäufer zur Disposition gestellt wird, stets dem Letzteren Beweis obliege, daß die Waare eine contractmäßige war.

Freilich, wenn der Käufer die Waare ohne Dispositionsstellung an sich nimmt und hinterher dennoch auf die Mangelhaftigkeit derselben sich berufen will, so muß dieses sein Verhalten eine Umkehr der Beweislast zur Folge haben.

Abgesehen davon wird man aber dem Verkäufer unter allen Umständen den Beweis der Probemäßigkeit auferlegen müssen, weil dieselbe eben als ein Theil der unmittelbaren contractlichen Verbindlichkeiten anzusehen ist.

Es können nun aber, abgesehen von der Probemäßigkeit, besondere vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaften der Waare in Frage stehen, und leidet es keinen Zweifel, daß der Verkäufer

Digitized by Google

auch bei einem nach Probe abgeschlossenen Handel für die daneben speciell zugesicherten Eigenschaften aufzukommen hat.

Vgl. Heise und Cropp, Jurist. Abhandl., Bd. 1, XIII. § 11. 12.

v. Hahn, Comm. z. H.-G.-B. § 340.

Bestreitet nun der Käufer das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften, so wird auch hier der Verkäufer mit dem betreffenden Beweise belastet werden müssen.

Denn diese Umstände bilden nicht minder als die Probemäßigkeit einen integrirenden Bestandtheil des Contracts und gehören somit zu den Verbindlichkeiten des Verkäufers, welche zu erfüllen, bevor er von der anderen Seite eine Contractserfüllung erwarten darf.

XXII.

Ueber das Wesen der Actiengesellschaft.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Friedrich Meier in Bremen.

Wenn auch die gesetzlichen Bestimmungen über die Actiengesellschaft (Art. 207 flgde. des H.-G.-Bs.) genügen, um das eigenthümliche Wesen derselben in den Hauptzügen klar zu stellen, so finden sie doch in der Anwendung Schwierigkeit, wenn eine Gesellschaft in ihrer Entwickelung nicht mehr die Eigenthümlichkeiten, wie sie das Gesetz uns vorführt, in vollem Umfange beibehalten hat. Es können dann keine Bedenken laut werden, ob eine solche Vereinigung noch ferner den bezüglichen Vorschriften unterworfen, ob z. B. für sie die Eintragung in das Handelsregister (Art. 210 des H.-G.-Bs.) erforderlich, das Rechtsverhältniß der Actionäre, die Vertretung durch den Vorstand und überhaupt Alles beobachtet werden müsse, was einer gesetzlichen Regelung und Controle unterworfen ist.

Die Manichfaltigkeit des heutigen Verkehrslebens führt Gesellschaften ins Leben, welche häufig nicht eigentlich die Erzielung eines Gewinns zum Zweck haben, deren Träger vielmehr lediglich von der Intention geleitet werden, gemeinnützig zu wirken, ohne

Digitized by Google

auf einen persönlichen Vortheil Bedacht zu nehmen. In solchen Fällen werden die gegen einen Mißbrauch des Geschäftsbetriebs erlassenen Gesetze, sowie überhaupt die Behufs einer staatlichen Controle getroffenen Bestimmungen mit dem Wesen einer solchen gemeinnützigen Vereinigung schwer zu vereinigen sein, und wird sich eine Anwendung der Gesetze auf dieselbe nicht selten als eine leere Form darstellen.

Werfen wir z. B. auf die in neuerer Zeit immer mehr ausgedehnten Sparcassen einen Blick, wie sie in größeren und kleineren Städten sich entwickelt haben, so tragen sie in der Regel den Charakter der Actiengesellschaft, ohne daß sie materiell den Inhalt aufweisen, welcher sich bei anderen Handelsvereinigungen und namentlich bei den Actiengesellschaften vorfindet.

Eine Actiengesellschaft setzt bekanntlich sowol nach dem Gesetze als auch nach der unbestrittenen Doctrin mit Nothwendigkeit voraus: ein Gesellschaftscapital, welches durch Einlagen der sämmtlicher Gesellschafter von bestimmter Größe gebildet und in diese bestimmten Antheile (Actien) zerlegt ist. Charakteristisch ist ferner, daß die Gesellschafter nicht persönlich, sondern nur mit ihrer Einlage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Die Einlage auf das Grundcapital braucht nun zwar nicht nothwendig in baarem Gelde zu bestehen, sondern kann auch in sonstigen Vermögensstücken geleistet werden; dieselben müssen dann aber ihrem Preise nach zu Gelde angeschlagen werden.

Wie wesentlich ein aus Einlagen gebildetes Grundcapital bei der Actiengesellschaft ist, zeigen auch die ferneren gesetzlichen Vorschriften (Art. 240, 248 des H.-G.-Bs.) über Verminderung und Zurückzahlung des Grundcapitals.

Denken wir uns nun eine Gesellschaft, welche eine Sparcasse zum Gegenstande ihres Betriebes gemacht hat, so pflegt sie zunächst keine geschlossene Zahl von Actionisten aufzuweisen. Vielmehr variirt ihre Mitgliedschaft in der Regel.

Ihr Hauptzweck besteht darin, Gelegenheit zu geben, kleine Ersparnisse sicher aufzubewahren und nach und nach zinsbar zu machen. Die sich ergebenden Ueberschüsse pflegen nicht unter die Actionisten vertheilt, sondern zu einem Reservefond angesammelt zu werden, so daß die Verbindlichkeiten der Mitglieder, welche sich

Digitized by Google

gewöhnlich in einer begrenzten Verbürgung darstellen, factisch aufgehoben werden. Die Mitglieder verfolgen, wie gesagt, lediglich gemeinnützige Zwecke, so daß ihr Rechtsverhältniß kaum in irgend einer Richtung in den bezüglichen Vorschriften (Art. 216 flgde. des H.-G.-Bs.) einen Ausdruck findet. Nur der Geschäftsbetrieb erheischt begreiflich Operationen, welche sich als Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 272 sub. 2 charakterisiren, wenn auch eine selbstnutzige Wirksamkeit nicht Platz greift.

Fragen wir nun, ob eine derartige Gesellschaft, wie sie uns im practischen Leben überaus häufig entgegentritt, als eine Actiengesellschaft zu behandeln und folgeweise den gesetzlichen Bestimmungen, welche das Handelsgesetzbuch Art. 207 flgde. aufstellt, unterworfen ist, so ist die Frage keineswegs bedeutungslos. Denn constituirt sich eine Gesellschaft, so hat sie, sofern sie sich als Actiengesellschaft charakterisirt, auch Alles zu befolgen, was das Wesen derselben erheischt. Sie ist von der staatlichen Genehmigung abhängig; ihr Statut hat speciell vorgeschriebene Bestimmungen aufzunehmen; für sie sind die Vorschriften maaßgebend, welche wegen der Eintragung in das Handelsregister erlassen wurden; ihr Rechtsverhältniß überhaupt und insonderheit Dritten gegenüber bestimmt sich nach gesetzlichen, der Privatwillkür in verschiedenen Richtungen gänzlich entzogenen Normen, und so leuchtet es ein, daß die Mitglieder einer solchen Vereinigung wesentlich dabei interessirt sind, ob man diese als Actiengesellschaft behandelt oder aber als eine Gesellschaft, welche sich der gesetzlichen Controle zu entziehen vermag.

Allerdings ist bei der Prüfung dieser Frage darauf ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen, daß im Handelsgesetzbuche resp. in der Novelle vom Jahre 1870 zu demselben in Bezug auf Actiengesellschaften verschiedene Bestimmungen getroffen sind, welche für die oben im Allgemeinen charakterisirten Gesellschaften — mögen diese schon früher bestanden oder erst nach Einführung des Handelsgesetzbuchs ins Leben getreten sein — nicht zutreffen.

Denn auch insoweit die bezüglichen gesetzlichen Vorschriften zwingender Natur sind, ist ihnen doch eine rückwirkende Kraft in Bezug auf die vor der Einführung des Handelsgesetzbuchs resp. der Novelle von 1870 entstandenen Actiengesellschaften nicht bei-

Digitized by Google

zulegen, wie dieses auch im § 4 sub 3 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 anerkannt wird. Die Frage ist die, ob die in den Grundzügen bezeichneten Gesellschaften, in deren Kreise namentlich die Sparcassen eine hervorragende Stellung einnehmen, schon nach allgemeinen, und insbesondere den bis zur Einführung des Handelsgesetzbuchs geltenden Rechtsanschauungen als eine Actiengesellschaft anzusehen sind. —

Das Wesen einer Actiengesellschaft besteht bekanntlich darin,
vgl. z. B. Renaud: Recht der Actiengesellschaften S. 53. 54.
Brinkmann: Handelsrecht § 59.

daß sie ein zu bestimmten Zwecken gebildeter Verein ist, dessen vermögensrechtliche Grundlage in einem in Theile zerlegten Capitale beruht. Durch die Betheiligung mit einer oder mehrerer solcher Capitalquoten wird die Mitgliedschaft begründet, welche jedoch nach Außen hin nicht zu einer unmittelbaren rechtlichen Wirksamkeit gelangt, indem die Gesellschaft vielmehr Dritten gegenüber als ein selbstständiges, von der Person der Gesellschafter unabhängiges Rechtssubject durch ihre nach dem Gesellschaftsvertrage bestimmten Organe auftritt.

Wo diese begrifflichen Merkmale einer Actiengesellschaft vorhanden sind, kann es für das Wesen und die Existenz derselben nicht weiter in Betracht kommen, wie der Gesellschaftsvertrag das Verhältniß der Actionäre *nach Innen*, ihre Beziehungen zu der Gesellschaft als solcher und das Maaß ihrer Rechte ordnet.

Daß diese letztere nothwendig *vermögensrechtlicher* Natur sein müßten, läßt sich nicht behaupten.

Allerdings ist dieses so sehr der regelmäßige Fall, daß es von den Schriftstellern über diesen Gegenstand meistens ohne Weiteres vorausgesetzt wird, und daß der Satz, welcher auch im Art. 216 des H.-G.-Bs. einen Ausdruck gefunden, als Cardinalsatz der Lehre von den Actiengesellschaften erscheint: den Actionären stehe ein verhältnißmäßiger Antheil am Gesellschaftsvermögen zu. Dennoch kann nicht zugegeben werden, daß eine Gesellschaft, welche als *Actiengesellschaft* sich constituirt und obrigkeitliche Anerkennung gefunden hat, wie namentlich die als Sparcassen gebildeten Vereinigungen, wenn sie in ihren Beziehungen *nach Außen* den oben angeführten Erfordernissen entspricht, dadurch

Digitized by Google

mit dem Wesen der Actiengesellschaft in Widerspruch trete, ihre Existenz als solche verleugne, daß sie im Gesellschaftsvertrage ihren Mitgliedern keine Rechte am Gesellschaftsvermögen zugesteht. Mit anderen Worten: der Satz, daß jeder Actionär einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft habe, gehört nicht dem jus cogens an; er drückt nur das aus, was regelmäßig eintritt und im Zweifel anzunehmen ist, nicht aber präjudicirt er dem Belieben der Gesellschafter, etwas Anderes zu bestimmen. Es fehlt auch hier jegliches Interesse, staatlicher Seits in die Willkür der Mitglieder einzugreifen, und wäre es unverständig, in dieser Richtung Beschränkungen Platz greifen zu lassen, welche durch höhere Rücksichten nicht geboten erscheinen.

Aehnlich verhält es sich mit dem Recht der Actionäre auf einen Antheil am Gewinn, in welcher Beziehung übrigens z. B. Renaud a. a. O. S. 566 anerkennt, daß ein Actienunternehmen nicht immer auf Gewinn gerichtet sei und ein Anspruch der Actionäre auf Dividendenbezug keineswegs bei jeder Actiengesellschaft vorkomme. Denkt man sich daher eine Gesellschaft, deren finanzielle Grundlage ursprünglich allein auf der Betheiligung der Actionäre mit Capital beruhte, indem diese sich zu einem bestimmten Capital-Einschuß verbindlich machten, so ist es möglich, daß mittelst der Operationen der Gesellschaft der statutenmäßig gebildete Reservefond zu einer so bedeutenden Höhe heranwächst, daß die practische Bedeutung des durch die Actionäre garantirten Grundcapitals immer mehr schwindet und endlich ganz absorbirt wird. Oder: die Gesellschaft entsagt von vornherein jedem Dividendenbezug, indem sie die Aufkünfte des Geschäfts in einer gewissen Quote dem Reservefond überweist und etwaige Ueberschüsse zu anderweitigen Zwecken z. B. gemeinnützigen oder Wohlthätigkeitsanstalten statutenmäßig verwendet haben will. Theoretisch wird in derartigen Fällen der eigenthümliche Charakter der Actiengesellschaft keineswegs verwischt. Die besonders günstige Geschäftslage, welche die Verbindlichkeiten der Actionäre factisch aufhebt, kann das juristische Wesen der Gesellschaft nicht ändern.

Vielmehr bleibt der Charakter des Grundcapitals der nämliche. Daß dieses nicht eher eingezahlt zu werden braucht, als

Digitized by Google

bis ein Bedürfniß dafür eintritt, widerstrebt durchaus nicht dem Wesen eines Actiencapitals,

Renaud a. a. O. S. 63 unten,

Brinkmann a. a. O. S. 232, 238.

wenn gleich das Handelsgesetzbuch und die Novelle von 1870 in dieser Beziehung gewisse beschränkte Vorschriften enthält (s. Art. 222 des H.-G.-Bs.), welche allerdings bei neueren Gesellschaften zu beobachten, indeß auf früher entstandene keine Anwendung leiden würden. Ingleichen bleiben die Mitglieder immer die Träger der Gesellschaft, wenn ihre Intention auch nicht auf einen persönlichen Vortheil gerichtet ist.

Wir halten es daher für vollkommen gerechtfertigt, daß derartige Gesellschaften, welche — abweichend von der gewöhnlichen Actiengesellschaft — in Bezug auf die Rechte und Verbindlichkeiten der Betheiligten eigenthümlich geartete Principien verfolgen — wie namentlich die Sparcassen — in Betreff der gesetzlichen Vorschriften, welche *Dritten* gegenüber oder *nach Außen* Schutz bieten, z. B. die Vorschrift zum Zweck der Eintragung in das Handelsregister, den sonstigen Actiengesellschaften völlig gleich behandelt werden. Denn das *öffentliche* Interesse erheischt es, überall da sie den gesetzlichen Normen zu unterwerfen, wo es denjenigen, welche mit ihnen in rechtliche Beziehungen treten, erwünscht sein muß, ihre Organe und die wesentlichen Momente ihrer Geschäftssphäre kennen zu lernen, damit jede Täuschung vermieden werde.

XXIII.

Das Verfahren bei der Entrichtung der bremischen Consumtionsabgabe für die zur Durchfuhr declarirten Güter.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. **Friedrich Meier** in Bremen.

Im Hinblick auf den regen Waarenverkehr zwischen Bremen und den übrigen deutschen Staaten dürfte es von allgemeinem Interesse sein, das Verfahren in den Grundzügen kennen zu lernen, wie es sich im kaufmännischen Verkehr herausgebildet hat. Je

Digitized by Google

genauer dieses Verfahren beobachtet wird, desto sicherer sind anderen Falls leicht mögliche Unzuträglichkeiten, z. B. Zeitverlust, Schadensansprüche gegen denjenigen, welcher die bezüglichen Vorschriften ignorirte und sonstige Nachtheile zu vermeiden.

Derjenige, der seine Waaren in Bremen einführt, welche er wieder auszuführen beabsichtigt, und welche der Consumtionsabgabe unterliegen, muß dieses gleich bei der Einfuhr declariren und die Abgabe entweder gleich baar erlegen oder eine genügende Bürgschaft dafür bestellen.

Dieses Depositum resp. die geleistete Bürgschaft erhält er dann zurück, sobald das betreffende Ausfuhrbureau auf der Ausfuhrdeclaration bescheinigt, daß für Rechnung des Einfuhr-Declaranten entweder die Waarenmasse, für welche die Abgabe erlegt oder verbürgt ist, ganz oder — wenn dieses nicht der Fall — zu welchem Theile ausgeführt ist.

Geht nun eine solchergestalt zur Durchfuhr declarirte Waare in den Handel über, wird sie also in Bremen zur Ausfuhr verkauft, so declarirt der Ausführende die Ausfuhr für Rechnung desjenigen, der sie zur Durchfuhr gleich anfänglich declarirt und importirt hat und muß diesen durch eine schriftliche Mittheilung, gewissermaaßen Cession, in Kenntniß setzen, daß die Waare auf Grund der von ihm gemachten Declaration und der von ihm erlegten oder verbürgten Abgabe ausgeführt sei. Dieser Schein wird dann dem Consumtions-Bureau mitgetheilt, welches darauf, wenn es die Sache in Ordnung findet, die Rückgabe des depositi verfügt.

Die wirkliche Ausfuhrdeclaration wird nun nach bewerkstelligter Ausfuhr der Güter von dem Ausgangs-Bureau, nachdem sie abgestempelt ist, dem Haupt-Bureau zugesendet, und gelangt somit gar nicht in die Hände desjenigen, der ausgeführt hat.

Selbstredend ist aber die Comsumtionsabgabe für die zur Durchfuhr declarirte Waare verfallen, sobald und soweit die Waare nicht in dem festgesetzten oder prolongirten Zeitraum ausgeführt ist, weil dann angenommen wird, sie sei in Bremen in den Consum übergegangen.

Wenn nun eine solche Waare zur Ausfuhr verkauft wird, so ist der Käufer gehalten, den Verkäufer mit der gedachten Mit

Digitized by Google

theilung zu versehen, damit dieser, nachdem die Ausfuhr stattgefunden hat, sein Deponat ganz oder für den ausgeführten Theil zurückerhalten kann, während, geschieht dieses nicht, hat sich ein solcher Käufer aus anderen Gründen vielleicht entschlossen, die Waare in den bremischen Consum übergehen zu lassen, er verpflichtet sein würde, dem Verkäufer die Consumtionsabgabe in tantum zu erstatten.

Der Handel zur Ausfuhr hat hiernach keine andere Bedeutung, als die Verpflichtung des Käufers, den Verkäufer wegen der die Waare treffenden Consumtionsabgabe zu entschädigen, resp. diese Abgabe selbst zu bezahlen, wenn die Waare nicht ausgeführt, sondern in den bremischen Consum übergehen sollte.

So wird auch im Geschäftsleben überall dieses Geschäft aufgefaßt. Das einzigste Interesse des Verkäufers ist auch eben nur die Erstattung der von ihm deponirten oder verbürgten Consumtionsabgabe. Es kann ihm aber völlig gleichgültig sein, ob er diese Abgabe von seinem Käufer, oder von der Behörde, bei der sie deponirt ist, zurückempfängt, indem in dem einen wie in dem anderen Falle seinem Geldinteresse genügt wird.

Dieses in der Kürze bezeichnete Verfahren, findet sich in den die Consumtionsabgabe regelnden Gesetzen (Brem. Verordnung vom 26. Juni 1834 und 1. Januar 1863) nicht beschrieben.

Es hat sich in der Praxis gebildet und sowol für die Ansprüche der Steuerbehörde, als im Interesse der Handeltreibenden als ausreichend und zweckmäßig bewährt.

XXIV.

Zu Art. 357 des H.-G.-Bs.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. **Friedrich Meier** in Bremen.

1.

Dem Abschluß eines Handelsgeschäfts wird häufig die Nebenberedung hinzugefügt, daß die fragliche Waare bis „spätestens" zum Ende eines bestimmten Monats, z. B. „bis spätestens ult. Januar" dem Käufer geliefert werden müsse.

Es entsteht dann die Frage, ob in dieser Stipulation ein

Digitized by Google

Fixgeschäft sich ausspricht, welches unter die Vorschrift des Art. 357 subsumirt werden dürfte.

Das Reichsoberhandelsgericht hat nun, gestützt zugleich auf die in den Protocollen niedergelegten Ansichten über die Ausnahmsfälle im Art. 357 und dessen Wortverstand:

„genau zu einer festbestimmten Zeit oder
binnen einer festbestimmten Frist"

mehrfach und wiederholt ausgesprochen, daß nur das Geschäft als Fixgeschäft angesehen werden solle, in welchem die verabredete Erfüllungszeit nach der entweder ausdrücklich oder mit unzweideutigen Worten („genau" „präcis" „fix" oder unter Beifügung der cassatorischen Clausel) ausgesprochenen oder sich aus den vorliegenden Umständen zweifellos ergebenden Intention der Paciscenten etwas dergestalt Wesentliches sei, daß mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden und nach Ablauf der Zeit oder Frist auf Annahme späterer Lieferung nicht mehr gerechnet werden solle.

Entsch.-Gr. des R.-O.-H.-Gs. gedr. Samml. Bd. II. Nr. 21 Bd. III. Nr. 59.

Dieser Auffassung conform läßt denn auch das R.-O.-H.-G. die Geschäfte nicht als Fixgeschäft gelten, in denen die Vertragsstipulationen nicht mit größter Bestimmtheit den Schwerpunkt auf die Zeit verlegen, wie z. B. „von Woche zu Woche"

vgl. die alleg. Entsch.-Gr. Bd. III. Nr. 58.
„spätestens Mitte November" ibid. Bd. III. Nr. 59.
„medio August und ult. October" ibid. Bd. VI. Nr. 49.
„in kürzester Frist" ibid. Bd. III. Nr. 61.
„bis ult. September" ibid. Bd. VI. Nr. 6.

Man hat offenbar im Art 357 nur die Ausnahmsfälle im Auge gehabt, bei welchen nach der Absicht der Contrahenten die Zeitbestimmung eine wesentliche Bedingung bildet.

vgl. auch die alleg. Entsch.-Gr. Bd. VI. Nr. 84.

In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung des Begriffs eines Fixgeschäftes erkannte daher auch das Bremer Handelsgericht am 15. September 1873 in Sachen H. & G. contra W., wo es sich um eine „bis spätestens ult. Januar" auszuführende Lieferung

Digitized by Google

einer Quantität Speck handelte, daß die Nichteinhaltung der Frist nicht die Art. 357 bezeichneten rechtlichen Folgen nach sich ziehen könne.

2.

Im Handel mit Werthpapieren contrahirt der Verkäufer oft in der Weise, daß zugleich zu der Zeit der Lieferung der Käufer ein gleiches Quantum der nämlichen Gattung Papiere zu einem bestimmten Course zu liefern sich anheischig macht.

Es wird somit unter denselben Contrahenten Kauf und Verkauf geschlossen, und entsteht dann die Frage, ob bei einem derartigen Geschäft die Vorschriften des Art. 357 anwendbar sind, nach denen bei Fixgeschäften der Verkäufer im Falle der Säumniß des Käufers alsbald zum anderweitigen Verkauf schreiten soll.

In solchem Falle werden wir die Vorschrift nicht für anwendbar halten können. Denn es wäre offenbar sinnlos oder doch ein leerer Formalismus, wenn man annehmen wollte, beide Theile seien verpflichtet gewesen, an dem nämlichen Tage sich gegenseitig eine gleiche Anzahl von Stücken der nämlichen Art Werthpapiere realiter anzubieten und eventuell verkaufen zu lassen, während die Compensation Beiden schon von selbst gewährte, was ihnen gebührt.

War es nämlich der aus dem Vertrage erkennbare Wille der Contrahenten, daß beide zu einer festbestimmten Zeit zu erfüllenden Geschäfte, insoweit sie compensabel waren, durch Compensation ihre Erledigung finden sollten, so wirkte die Compensation gleichwie in sonstigen Rechtsverhältnissen ipso jure. Es waren solchen Falls die beiderseitigen Verbindlichkeiten bereits erfüllt. Ein Verzug des Käufers existirte nicht, und ebensowenig hatte der Verkäufer noch Etwas zu liefern.

Man kann es auch nicht als etwas Zufälliges oder Gleichgültiges ansehen, daß beide Theile über jene Quantitäten der betreffenden Papiere contrahirt hatten. Vielmehr lag darin die thatsächliche Willenserklärung, daß nach ihrer Absicht die Lieferung und Entgegennahme der Papiere nicht wirklich Statt haben, vielmehr in Betreff der bezüglichen Forderungen Compensation eintreten solle. War aber die Absicht der Contrahenten hierauf gerichtet, so mußte die Ausgleichung der gegenseitigen Forderungen,

Digitized by Google

soweit sie einander deckten, von selbst eintreten und die Lieferung und Entgegennahme der Papiere so gelten, als sei sie geschehen.

Allerdings können die Verbindlichkeiten, insoweit nicht gerade eine volle Deckung auf beiden Seiten Platz greift, nicht aufgehoben werden. Vielmehr bleibt, soweit die Coursberechnung ein sich nicht deckendes Resultat ergibt, ein Rückstand, welcher von der Compensation nicht ergriffen wird und daher hernach auszugleichen ist. Abgesehen davon werden aber die Vorschriften über die Fixgeschäfte in diesem Falle nicht zutreffen.

XXV.

Zu Art. 356 des H.-G.-Bs.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. **Friedrich Meier** in Bremen.

Nach dieser Vorschrift muß ein Contrahent, welcher statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, dieses dem anderen Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dieses zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Diese Vorschrift ist nicht anders zu verstehen, als dahin, daß der nicht säumige Contrahent nicht verbunden ist, dem Säumigen aus eigenem Antriebe die gedachte Frist zu gewähren, sondern ohne diese Fristbewilligung von den ihm im Art. 356 gewährten Befugnissen Gebrauch machen darf, und erst dann, wenn der säumige Contrahent um Bewilligung einer billigen Frist nachsucht, dieselbe nicht versagen darf, sofern die Natur des Geschäfts es zuläßt.

Busch, Archiv neue Folge I. pag. 101 not. 4.
Seuffert, Archiv, Bd. 27, Nr. 49.
Kierulff, Samml. II. pag. 919.
Samml. der Entsch.-Gr. des R.-O.-H.-Gs., Bd. 8, S. 126.

Die Frage, ob eine Frist den Umständen nach angemessen, wird nach den Verhältnissen des besonderen Falls zu beurtheilen sein. Es kommt dabei z. B. die eigenthümliche Natur der Waare, die Leichtigkeit oder Schwierigkeit in der Versendung derselben

Digitized by Google

der etwa früher geübte Geschäftsgebrauch der Betheiligten in Berücksichtigung.

Wird dagegen um eine angemessene Frist nachgesucht, so muß der Andere dieselbe gewähren, und würde dieser gegen die Vorschrift des Art 356 fehlen, wenn er sich auf eine kürzere (früher gestellte) Frist beriefe, welche den Umständen des besonderen Falls nach nicht als angemessen angesehen werden könnte. Nach diesem Grundsatze entschied das Bremer Handelsgericht am 1. December 1873 in Sachen W. & R. contra Schm. und ward diese Entscheidung am 26. Februar 1874 von dem Bremer Obergericht in der Appelationsinstanz bestätigt.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

Handels- und Wechselrecht.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Abfuhr s. Genehmigung.
Accreditive S. 302.
actio aestimetoria. 304.
actio quanti minoris 304.
Agentenwesen 140
Aktien, Rückkauf eigener. 1. 323. Umwandlung ihres Betrags in die neue Münzwährung. 22. Vereinigung aller Aktien in einer Hand. 222. Ausfertigung von A. für die gesellschaftlichen Kapitalantheile der persönlich haftenden Gesellschafter ist unzulässig 293. s. a. Aktiengesellschaft.
Aktiengesellschaften, über das Wesen der A. G. S. 369. Form ihrer Bekanntmachungen. 301. Zweigniederlassung der A. 246. Deren gesetzliche Regelung. 259. Anmeldungen zum Handelsregister müssen durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erfolgen. 294. Ermächtigung des Vorstandes zur Ausgabe weiterer Aktien nach Bedarf ist ungültig und darf in das Handelsregister nicht eingetragen werden. 294. Die Generalversammlung der Aktionäre nach der Auflösung. 311. s. a. Aktien Besitzstörung. Dividende Eisenbahnaktiengesellschaften.
Aktienliberirung. 323.
Aktionäre weiblichen Geschlechts dürfen vom Stimmrechte nicht ausgeschlossen werden. 294.
Amortisation s. Aktien.
Anerkenntniß S. 26. s. a. Betrug.
Anmeldungen s. Aktiengesellschaft.
Annahme s. Schadensersatz.
Anweisungen s. Auslieferungsscheine.
Anzeige von Mängeln. s. a. Fixgeschäfte. Protest. Schadensersatz.
Arglist. 58.
Arrestverfügung s. Handelsregister.
Assignation 302.
Aufkauf s. Handelssache. Productenhandel
Auflösung s. Handelsgesellschaft. Liquidatoren u. Aktiengesellschaft.
Ausfuhr s. Consumtionsabgabe. 374.
Aushängeschild s. Firmenschild.
Auslieferungsscheine über verkaufte Waaren, deren Indossament S. 356.

B.

Banknotendeckung, rechtl. Natur derselben. 177.
Baumaterialien. 215.
Bauunternehmer 215.
Beanstandung von Exportbier. 58.
Bedingung s. Handelsmäkler.
„Begleichen" der Rechnungen. S. 26.

Digitized by Google

Bekanntmachungen s. Aktiengesellschaften.
Benachrichtigung s. Protest.
Bereicherungsklage, deren Verschiedenheiten von der Wechselklage. 309.
Berliner Fondsbörse. 289.
Besitz s. Wechselklage.
Besitzstörung durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft. 295
Betriebsunternehmen s. Eisenbahnen.
Betrug, Anfechtung einer anerkannten Rechnung wegen B. 57. 58.
Beweis s. Druckereigeschäfte. Kauf nach Probe. B. der Probemäßigkeit der Waare. S. 366.
Bier s. Exportbier.
Blankoindossament hat die Natur eines Inhaberpapieres. 47. s. u. Wechselklage.
Börsenpapiere, deren Verkauf für Rechnung des säumigen Käufers. 87. s. a. Fixgeschäft (Schadensersatz. Verzug. Werthpapiere. Kurse.
Bürgschaften der Frauen S. 303.

C.

Cash for Ships ordinary disbursement in Jamaica to be advanced by Charterers, subject to interest at 6 per cent p. a. and insurance. 64.
Cession, Uebergang des Eigenthums bei der C. 292—302. Auslieferungsscheine. Indossament.
Commission s. Kommission.
Comparatio literarum beim Wechselaccept. 299.
Compensation beim Handel mit Werthpapieren. 378.
Comptoirboten sind kein Gesinde. 293.
Condictio causa data, causa non secuta. 64.
Condictio indebiti. 206.
Consumtion s. Konsumtion.
Contreminegeschäft. 95.
Conventionalstrafe, Verzicht auf die C. durch vorbehaltlose Annahme. 296.
Course s. Kurse.
Courtage s. Handelsmäkler.
Cridar, Kläger gegen den Cr. während des Concurses. 300. s. a. Wechselverbindlichkeit.

D.

Declaration s. Konsumtionsabgabe. 374.
Depositen s. Inhaberpapiere.
Dictum et promissum 125. 304. s. a. Kauf nach Probe.
Differenzgeschäft oder Lieferungskauf. 95.
Dispositionsstellung von Exportbier 58. s. a. Retentionsrecht. Genehmigung.
Dividende, Liquidation der D. zur Concursmasse der Aktiengesellschaft. 247. s. a. Lebensversicherung.
Dolus 58. s. a. Wechsel.
Druckereigeschäfte, Beweis, daß sie nur handwerksmäßig betrieben werden. 301.
Durchfuhr s. Konsumtionsabgabe. 374.

E.

Eigenthum s. Cession.
Einfuhr s. Konsumtionsabgabe. 374.
Einrede, Verzicht auf die E. der Wechseleinziehung. 107.
Eintragung s. Handelsregister.
Eisenbahn-Aktiengesellschaften bedürfen zur Ausgabe von neuen Stammprioritätsaktien der landesherrlichen Genehmigung nicht. 294.
Eisenbahnen, deren Befugniß zur Beschränkung ihrer Haftpflicht. 305. Erforderniß der Publikation der Reglementsbestimmungen. 306. Verlust des Frachtgutes. Daf. Haftpflicht für Transport in unbedeckten Wagen. Daf. Wer gilt als Betriebsunternehmer. 307. s. a. Frachtgut.
Eisenbahngesellschaften, Vereinigung mehrerer. 307. Beamte derselben ibid., Haftpflicht für Unfälle: Daf.
Eisenbahnverwaltungen, deren Haftpflicht für Beschädigung des Frachtgutes. 97.
Eishandel, dessen Eigenthümlichkeiten. 73.

Digitized by Google

Emballage, der Käufer trägt die Gefahr. 45.
Erfüllung, Annahme verspäteter. 52.
Erfüllungsort, gesetzlicher. 42. Verabredung. Daſ. ſ. a. Frankoklauſel.
Erweiterung des Grundkapitals ſ. Grundkapital.
Erwerbsgeſellſchaft. 308.
Exportbier, Unterſuchung. Anzeige. 58.

F.

Fälligkeit ſ. Zinſen.
Firmen, Führung mehrerer F. 219.
Firmenſchild, Störung im Beſitze eines F. 292.
Fixgeſchäft, Behauptung der Anzeige gehört zur Klagbegründung. 304. Beim Kauf von Börſenpapieren 87. 377. beim Handel mit Werthpapieren. 378.
Frachtbrief, deſſen Beweiskraft. 305.
Frachtführer, deſſen Haftpflicht nach Ablieferung des Frachtgutes wegen Manco und gänzlichen Verluſt. 305. Beweis ibid. ſ. Frachtgut.
Frachtgeſchäft. 97.
Frachtgut, Haftpflicht der Eiſenbahn für verſpätete Liefer. des F. 305. ſ. a. Eiſenbahnen. Frachtführer.
Frachtvorſchüſſe, Klage auf Rückzahlung. 64.
Francoklauſel. 73.
Frauen ſ. Aktionäre. Bürgſchaft.
Fundationdeckung d. Banknoten. 177.

G.

Gefahr ſ. Eishandel. Emballage.
Geldkurs, ſtillſchweigende Genehmigung des G. 26.
Genehmigung der Waare iſt aus der Verzollung und Abfuhr vom Zollhofe nicht zu folgern. 298. ſ. a. Eiſenbahnaktiengeſellſchaften. Retentionsrecht.
Generalverſammlung ſ. Aktiengeſellſchaft.
Genoſſenſchaft S. 308.
Gerichtsſtand ſ. Handelsgeſellſchaft.
Geſellſchafter, der Antheil eines ſtillen G. kann auch in einer fixen Rente beſtehen. 48. ſ. Handelsbücher. Widerruf.
Geſinde, Markthelfer und Comptoirboten ſind kein G. 293.
Gewalt, höhere. 305.
Gewerbebetrieb, Bedingung der Nichtausübung eines beſtimmten G. 296.
Gewerbefreiheit ſ. Gewerbebetrieb.
Gewerbemäßig ſ. Kaufmann.
Gewerbetreibende, Streitigkeiten mit den Geſellen ꝛc. 309.
Gewichtsmanco S. 26.
Gewinnantheil ſ. Geſellſchafter.
Grundbuchamt, Legitimation der Liquidatoren und anderen Vertreter beim G. 292.
Grundkapital, der Anmeldung der Erweiterung des G. ſind die im Art. 210a vorgeſchriebenen Nachweiſe beizufügen S. 295. ſ. a. Aktien.

H.

Haftpflicht ſ. Eiſenbahnverwaltung.
Handelsbücher, ein Geſellſchafter als Liquidator kann nicht Einſicht d. H. Bücher durch einen Bevollmächtigten verlangen. 300.
Handelsgericht ſ. Handelsſache.
Handelsgeſchäfte, deren Auslegung. 26. Verkauf ſelbſtgezogener Produkte iſt kein H. 37. über unbewegliche Sachen. 214. 227. Beweis, daß ein von einem Kaufmanne geſchloſſener Vertrag nicht zu deſſen Handelsgewerbe gehöre. 295. Vermittelung von Kaufverträgen über Immobilien iſt kein H. 301. Beweis des nicht handwerksmäßigen Betriebs. 301. ſ. a. Kaufmann Maſchinenverkauf. Produktenhandel.
Handelsgeſellſchafter, Beſchränkung des offenenen H. in der Zeichnung. S 293 ſ a. Aktien. Widerruf.
Handelsgeſellſchaften. Wenn zwei unter denſelben Geſellſchaftern und unter derſelben Firma an verſchiedenen Orten beſtehende Handelsgeſellſchaften ohne weitere Bezeichnung der Haupt- reſp. Zweigniederlaſſung in das Handelsregiſter eingetragen ſind, ſo kann nicht die eine lediglich zur Erleichterung der

Digitized by Google

Auflösung und zur Umgehung der Liquidation nachträglich als eine Zweigniederlassung bezeichnet werden. 244. zum Zweck des Handels mit eigenen Produkten. 39. deren Auflösung 83. Sitz und Gerichtsstand einer nicht eingetragenen offenen H. 300. Verteter einer offenen. 301. s. a. Liquidatoren.
Handelsmäkler, dessen Anspruch auf Gebühren bei bedingten Abschlüssen. S. 364.
Handelsregister, Eintragung auf Grund einer Arrestverfügung. 287. s. a. Handelsgesellschaften. (244.) Aktiengesellschaft. Grundkapital.
Handelsreisende können Zahlungsfristen bewilligen. 26. Verpflichtung des Principals durch H. 27.
Handelssache, der Verkäufer eigener Produkte kann nicht vor dem Handelsgericht belangt werden. 40. Der gewerbmäßige Aufkauf von Produkten zum Zwecke der Weiterveräußerung ist H. 41. s. a. Handelsgeschäft.
Handlungsbevollmächtigte, Personen, welche für den Betrieb des Handels mit eigenen Produkten angestellt sind, sind keine H. 40.
Handlungsgehülfen, Personen, welche für den Betrieb des Handels mit eigenen Producten angestellt sind, sind keine H. 40.
Hausse- und Contreminegeschäft. 95.
Holz im Stehen, keine immobile. 42.

I.

Immobilien, Holz am Stehen. 42. s. Grundbuchamt. Handelsgeschäfte.
Indossament von Auslieferungsscheinen über verkaufte Waaren 356.
Indossant s. Wechselklage.
Inhaberpapiere, Vindication verpfändeter J. 249.
Irrthum s. condictio indebiti.

K.

Kapitalsreduktion s. Aktien. 323.
Käufer s. Emballage. Handelssache.
Kauf nach Probe, Beweislast 118. 366. auf Wiederkauf 296. s. a. Handelssache.
Kaufmann, wer gewerbmäßig mit eigenen Produkten Handel treibt, ist nicht Kaufmann. 39. s. Zinsen Handelsgeschäft.
Klage auf Rückzahlung von Frachtvorschüssen 64. auf Theilzahlung. 26. s. a. Wechsel. Vereinigung.
Kommissionär s. Propregeschäft.
Kommissionsgeschäft, Abweichung des Kommissionär vom Limitum 352.
Kompetenz s. Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften. Reichsgericht.
Konkurs s. Dividende. Cridar.
Konsumtionsabgabe für die zur Durchfuhr deklarirten Güter in Bremen. 374.
Kontokurrentverhältniß, seine Voraussetzungen S. 26.
Konventionalstrafe, deren Stipulation bei einem ungültigen Vertrage. 302.
Kurse, die von Maklern aufgestellten K. der Werthpapiere. 322.

L.

Laesio enormis, auch zwischen Nichtkaufleuten. 302.
Landesherrliche Genehmigung s. Eisenbahnaktiengesellschaften.
Lebensversicherung, Anspruch des Versicherten auf die Dividende. Frist für dessen Geltendmachung. 110. Auf Gegenseitigkeit. ibid. L. V. Dritter 308.
Legitimation zum Antrag auf Protest. 115. zum Zahlungsempfang beim Wechsel. Das. s. a. Wechselklage. Grundbuchamt.
Lieferung von Maschinen. 49.
Lieferungskauf s. Differenzgeschäft.
Limitum, Abweichung vom L. 352.
Liquidation s. Handelsgesellschaften. 244. s. a. Aktien. Aktiengesellschaft.
Liquidatoren, Nothwendigkeit der Bestellung von L. bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaften. 242. Deren Legitimation beim Grundbuchamte. 292. Gerichtlich ernannte L. können nur gemeinschaftlich klagen. 300. s. a. Handelsbücher. Befugniß zur Veräußerung von Immobilien. 311.

Digitized by Google

M.

Makler, die von den M. aufgestellten Kurse der Werthpapiere 322.
Mängel, erkennbare und nicht erkennbare. 58. 304.
Mandatar s. Inhaberpapiere.
Markthelfer sind kein Gesinde. 293.
Maschinenverkauf 303. s. a. Lieferung.
Medicinaltaxe, Einfluß der Gewerbeordnung auf die M. 309.
Mora accipiendi. 44.
Mündliche Verabredung s. schriftlicher Vertrag.
Münzwährung s. Aktien.

N.

Nachfrist s. Schadensersatz.
Nebenbestimmung s. Erfüllungsort.
Nichterfüllung s. Schadensersatz.
Noten s. Banknoten.

O.

Ordnungsstrafverfahren, dessen Begrenzung 287.
Ort der Protesterhebung. 115.

P.

Principal s. Handelsreisende.
Probe s. Kauf nach Probe.
Produktenhandel ist für den Käufer, der zum Weiterverkauf kauft, ein Handelsgeschäft. 37. s. Kaufmann. Handelsgeschäft. Handelsgesellschaft.
Propregeschäft des Kommissionärs 57.
Protest, unterlassene Benachrichtigung von P. 115. Ort der Protesterhebung. 115. Legitimation zum Antrag auf P. 115.
Protesturkunde, mangelhafte Abschrift des Wechsels in der P. 108.

Q.

Quittung, Beweislast bei Anfechtung einer Q. wegen Nichtzahlung. 297.

R.

Rechnungen s. Begleichen. Betrug.
Rechtsirrthum s. Zahlung.
Rehibition, deren Folgen für den Käufer. 304.
Reglement s. Eisenbahnen.
Reichsgericht, Zuständigkeit des zukünftigen R. 191.
Reichsoberhandelsgericht, dessen Entscheidungen. 191.
Reisende, Zahlung an R. durch Wechselaccept auf diese 204.
Rente s. Gesellschafter.
Resolutivbedingung s. Handelsmäkler.
Retentionsrecht an beanstandeter Waare. 303, an verpfändeten Inhaberpapieren. 249.
Rückkauf s. Aktien.
Rücktritt vom Vertrag beim Verzuge des Käufers. 44.

S.

Sachen, unbewegl. 227.
Saldo s. Kontokurrentverhältniß. S. 26.
Schadensersatz, stillschweigender Verzicht auf Sch. durch unbeanstandete Annahme der verspäteten Erfüllung. 52. Sch. des Verkäufers beim Verzug des Käufers von Börsenpapieren. 91. wegen Nichterfüllung. 379. s. a. Schiffe. Eisenbahngesellschaften. Frachtgut. Frachtführer.
Schenkung s. Sparkassenbuch.
Schiffe, Schaden durch Zusammenstoß. 152. s. Frachtvorschüsse.
Schiffer, dessen Pflichten 64. Was er dem Rheder als Einnahme in Rechnung stellen muß. 64.
Schreibfehler s. Protesturkunde.
Schriftlicher Vertrag, Abweichung vom mündlichen. 298.
Schriftzügevergleich beim Wechselaccept. 299.
Scontro 298.
Simulation zur Verdeckung wucherlicher Darlehnsgeschäfte. 296.
„Spätestens" s. Fixgeschäft. 377.
Sparkassenbuch, Veräußerung eines Sp. erfordert schriftl. Cession. 297.

Digitized by Google

Stammprioritätsaktien s. Eisenbahnaktiengesellschaften.
Stellgeschäft. 91.
Stiller Gesellschafter s. Gesellschafter.
Stillschweigende Genehmigung des Geldkurses. 26. s. Schadenersatz.
Strafen s. Ordnungsstrafverfahren.

T.

Theilzahlung, Klage darauf beim Verkauf nach Gewicht 26.
Transport s. Eisenbahnen.
Trassant s. Wechselklage.

U.

Unbewegliche Sachen s. Handelsgeschäfte. Sachen. 227.
Unfälle s. Eisenbahngesellschaften.
Unterschrift s. Handelsgesellschafter. 293.
Untersuchung der Waare (Exportbier) 58.
Usancen. 289.

V.

Vente à l'échantillon 123.
Veräußerung s. Sparkassenbuch.
Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften, Kompetenz für die Klage auf Auseinandersetzung. 295.
Verjährung s. Wechsel.
Verpflichtungsscheine s. Auslieferungsscheine.
Versicherung s. Lebensversicherung.
Verträge über unbewegliche Sachen. 227. s. schriftlicher Vertrag. Erfüllungsort. Nebenbestimmung. Rücktritt. Handelsgeschäft.
Vertretungsbefugniß des Handelsgesellschafters, deren Widerruf. 289.
Verzicht s. Conventionalstrafe. Schadenersatz. Wechselverjährung.
Verzug bei Zeitkaufgeschäften. 289. Des Käufers von Börsenpapieren. 87. bei Oblation anderer Zahlungsmittel. 303. s. a. Rücktritt. Schadenersatz. Folgen des V. 335.
Verzollung s. Genehmigung.
Vindication s. Inhaberpapiere.
Vorstand der Aktiengesellschaft s. Aktiengesellschaft.

W.

Waare, Begriff. 49. Kauf.
Wandlungsklage. 304.
Wechsel, Angabe der Zahlungszeit im W. 100. Wechsel „auf ein Jahr". Das. Klage auf Herausgabe des W. wegen dolus findet auch gegen Dritte statt. 299. Erfordernisse des W. Das. Anspruch auf Aushändigung des W. nach eingetretener Verjährung. 310. s. a. Legitimation. Protesturkunde. Zahlungsort.
Wechselklage, Legitimation des Trassanten oder Indossanten, 47, Legitimation durch Besitz des Wechsels. 102. s. a. Bereicherungsklage.
Wechselregreßklage, gegen wen sie geht. 47.
Wechselverbindlichkeit des Tridar. 299.
Wechselverjährung, Verzicht auf dieselbe 107.
Werthpapiere s. Fixgeschäft. Zeitkaufgeschäfte. Kurse. 322.
Widerruf, Unzulässigkeit des W. der Vertretungsbefugniß des Handelsgesellschafters. 289.
Wiederkauf. 296.
Wille der Contrahenten, dessen Erforschung. 73.
Wuchergeschäfte. S. 296.

Z.

Zahlung, Rückforderung einer rechtsirrthümlich geleisteten Z. 191. s. a. Legitimation. Reisende. Theilzahlung. Klage.
Zahlungsfristen s. Handelsreisende.
Zahlungsort, Bezeichnung des Z. im Wechsel. 101.
Zahlungszeit, Angabe der Z. im Wechsel. 100.
Zeichnung s. Aktiengesellschaft. Handelsgesellschaften.
Zeitkaufgeschäfte 289. s. Verzug.
Zinsen können zwischen Kaufleuten ohne Weiteres vom Momente der Fälligkeit einer Forderung gefordert werden. S. 26.
Zinswucher S. 296.
Zusammenstoß s. Schiffe.
Zuständigkeit s. Reichsgericht.
Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft, Begriff 246. s. Handelsgesellschaften. 244.

Digitized by Google

II. Quellenregister.

Der Raumersparniß halber und um Wiederholungen zu vermeiden, beschränkt sich das Quellenregister in Zukunft auf Angabe der Artikel, Paragraphen ꝛc. und Seiten mit Hinweglassung der Inhaltsangabe.

A. Handelsrecht.

Art: 4. . . . . S. 39.
„ 12. . . . . „ 292.
„ 15. . . . . „ 292.
„ 41. flg. . . . „ 40.
„ 49. . . . . „ 27.
„ 65. . . . . „ 293.
„ 82. . . . . „ 364.
„ 85. . . . . „ 300.
„ 86. . . . . „ 293. 300.
„ 91. . . . . „ 83.
„ 98. . . . . „ 300.
„ 102. . . . . „ 289.
„ 105. . . . . „ 300.
„ 110. . . . . „ 39. 300.
„ 111. . . . . „ 300.
„ 114. . . . . „ 293.
„ 115. . . . . „ 293.
„ 116. . . . . „ 293.
„ 133. . . . . „ 83. 242. 300. 314. 315.
„ 135. . . . . „ 242.
„ 136. . . . . „ 300.
„ 137. . . . . „ 319.
„ 144. . . . . „ 300. 315.
„ 172. . . . . „ 314.
„ 181. . . . . „ 293.
„ 205. . . . . „ 314.
„ 207. flg. . . . „ 259. 293. 294.
„ 207.a . . . . „ 2. 22. 325.
„ 209. Ziff. 6. u. 12. „ 301.
„ 209. Ziff. 10. . „ 294.
„ 210.a . . . . „ 294. 295. 325.
„ 212. . . . . „ 294.
„ 214. . . . . „ 294. 295.
„ 215. . . . . „ 3. 319. 324.
Art: 216—218 . . S. 247.
„ 220. . . . . „ 325.
„ 224. . . . . „ 294.
„ 225.b . . . . „ 3.
„ 227. . . . . „ 295.
„ 230. . . . . „ 295.
„ 244. . . . . „ 312.
„ 248. . . . . „ 2. 324.
„ 250. . . . . „ 48.
„ 254. . . . . „ 48.
„ 266. . . . . „ 295.
„ 271. . . . . „ 37. 41.
„ 272. Ziff. 4 . „ 301.
„ 272. Ziff. 5 . „ 301.
„ 273. Alin. 1 . „ 40.
„ 273. . . . . „ 303.
„ 274. Alin. . . „ 40.
„ 274. . . . . „ 295.
„ 275. . . . . „ 227. 301.
„ 277. . . . . „ 41. 302.
„ 278. . . . . „ 26. 73. 296. 119.
„ 279. . . . . „ 119.
„ 283. . . . . „ 26.
„ 284. . . . . „ 296. 302
„ 286. . . . . „ 302.
„ 292. flg. . . . „ 296.
„ 295. . . . . „ 297.
„ 299. . . . . „ 297. 302.
„ 301—305. . . „ 302. 359.
„ 306. . . . . „ 249. 303.
„ 307. . . . . „ 297.
„ 309. . . . . „ 185.
„ 312. . . . . „ 185.
„ 313. . . . . „ 249.
„ 313—316. . . „ 303.
„ 317. . . . . „ 298. 303.
„ 324. Abs. 2 u. 3. „ 42.
„ 336. . . . . „ 303.
„ 337. flg. . . . „ 298.

Digitized by Google

Art: 338. . . . . S. 49.
„ 340. . . . . „ 118. 366.
„ 342. Abs. 1. u. 2. „ 42.
„ 345. . . . . „ 45.
„ 346. . . . . „ 298. 304.
„ 347. Alin. 1. 3. „ 58.
„ 347. . . . . „ 49.
„ 348. Alin. 2. . „ 58.
„ 349. . . . . „ 49.
„ 354—357. . . . „ 335.
„ 354. . . . . „ 44. 87.
„ 355. . . . . „ 52.
„ 356. . . . . „ 44. 379.
Art: 357. 343. . . . S. 87.
„ 357. . . . . „ 91. 289. 304. 3. Thl.
„ 361. . . . . „ 355.
„ 363. . . . . „ 352.
„ 376. . . . . „ 57.
„ 397. . . . . „ 305.
„ 408. . . . . „ 305.
„ 423. . . . . „ 305.
„ 427. . . . . „ 97. 306.
„ 513. . . . . „ 64.
„ 634. . . . . „ 64.
„ 736—741. . . . „ 152.

B. Wechselordnung.

Art: 4. . . . . S. 299.
„ 4. Ziff. 4. . . „ 100.
„ 4. „ 8. . . „ 101.
„ 10. . . . . „ 47.
„ 12. . . . . „ 47.
„ 21. . . . . „ 299.
„ 30. . . . . „ 47.
„ 36. . . . . „ 47. 102.
Art: 36. . . . . S. 115.
„ 42. . . . . „ 47.
„ 45. . . . . „ 115.
„ 74. . . . . „ 299.
„ 80. . . . . „ 107.
„ 88. . . . . „ 309. 310.
„ 88. . . . . „ 108.
„ 91. . . . . „ 115.

C. Sonstige Reichsgesetze.

Eisenbahnbetriebsreglement vom 10. Juni. 1870. §§. 19. 22. S. 306.

Reichsgesetz vom 7. Juni 1871. über Haftpflicht der Eisenbahnen ꝛc. für Tödtungen und Körperverletzungen. S. 307.

Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869. S. 296. §. 80. S. 309.

D. Königl. Preuß. Gesetze.

Landrecht §. 113. 114. Thl. I. Tit. 16. S. 297.

§§. 169—310. Thl. I. Tit. 17. S. 308.

§. 307. Thl. I. Tit. 5. S. 296.

§. 321—326. Thl. I. Tit. 11. S. 296.

§: 330. Thl. I. Tit. 5. S. 304.

§. 1065. 1068. Thl. I. Tit. 11. S. 297.

Gesetz v. 3. November 1838. §. 25. S. 307.

Concursordnung vom 5. Mai 1855. Art. 4. 5. 8. S. 299. 313.

Einführungsgesetz zum H.-G.-B. S. 243.

Einführungsgesetz zum H.-G.-B. Art: 23. §. 2. S. 292.

Instruction vom 12. December 1861. S. 243. 247.

Gesetz vom 3. Mai 1869. S. 307.

E. Bremische Gesetze.

Bremische Verordnung v. 26. Juni 1834 u. 1. Jan. 1863. S 376.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google